Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Hans Levysohn
Berlin-Charlottenburg

1928

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Rosenstock-Hüssy

Meinen Eltern!

Schrifttum.

Anschütz u. v. Voelderndorff: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, I. Abteilung, Erlangen 1868.
Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin-Leipzig 1890.
Beuck: Das Vermögenssteuergesetz, Berlin-Wien 1927.
Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1901.
Busch: Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts, Band 32.
v. Buttlar: Der Verpachtung eines Handelsgeschäfts, dargestellt auf Grund einer Untersuchung über den Begriff des Handelsgeschäfts. Dissertation Leipzig 1908.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1910/1922.
Damme u. Lutter: Das deutsche Patentrecht, Berlin 1925.
„Das Recht“: Rundschau für den deutschen Juristenstand, Jahrg. 1911, 1915, 1916, 1920.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1908.
Deutsche Juristen Zeitung.
Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. VI. Band: Materialien zum HGB. (Hahn).
„Die Wirtschaft und das Recht“ (früher Recht und Handel): Hrsg. von Dr. Baum und Dr. Löning, April-Heft 1928.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (Kommentar). Mannheim-Berlin-Leipzig. 4. Aufl. 1917.
Eckstein: Film- und Kinorecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.
Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 2, 3. Leipzig 1914/1918.
Endemann: Das deutsche Handelsrecht, IV. Auflage.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Marburg 1921/22.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsfinanzhofs.

Erler: Das Reichsbewertungsgesetz vom 10. 8. 25, Berlin-Wien 1927.
Finger: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. 5. 1894, Berlin 1926.
Friedländer: Konzernrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927.
Gareis: Das Deutsche Handelsrecht, Berlin 1909.
Geiler: Das neue Körperschaftssteuergesetz, Berlin-Mannheim-Leipzig 1923.
v. Gierke, J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, (Im Grundriß der Rechtswissenschaft VI), 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd. Berlin 1903.
Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht: Bd. 4, 24, 14, 49, 59.
Goldschmidt, H.: Reichswirtschaftsrecht, Berlin 1923.
Haußmann: Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1926.
Hoenicka: Das Handelsgeschäft als Objekt eines Pachtvertrages, Dissertation, Jena 1913.
Hoeninger: Die Pacht des Handelsgeschäfts (in Festschrift für Otto Lenel), 1921.
Hueck: Arbeitsvertragsrecht (In Handbuch des Arbeitsrechts), Stuttgart 1922.
Jacobi: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe (In Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg), 1927.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1916.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Hermann Isay: Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin 1926.
Rudolf Isay: Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.
Juristische Wochenschrift: Jahrgang 1899, 1902, 1904, 1912, 1915, 1920, 1921, 1922, 1924, 1926.
Kent: Das Patentgesetz vom 7. 4. 1891, Berlin 1906.
Kisch: Handbuch des deutschen Patentrechts. Mannheim-Berlin-Leipzig 1923.
Kohler: Warenzeichenrecht, Mannheim-Leipzig 1910.
Kohlers Archiv für bürgerliches Recht.
Kohler-Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft: III. Bd. Berlin 1913.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1921.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1914.
Makower: H.G.B. mit Kommentar, Bd. I. 13. Aufl. 1907.
Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Bd. II.
Mugdan: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 21, 41.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. Tübingen 1927.
Nußbaum: Das Neue Deutsche Wirtschaftsrecht. Berlin 1920.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910.
Ohmeyer: Das Unternehmen als Rechtsobjekt, Wien 1906.
Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtl., vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927.
Passow: Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1925.
v. Petrazycki: Die Lehre vom Einkommen, Berlin 1893/95.
Pissel u. Koppe: Das Einkommensteuergesetz vom 10. 8. 25. Berlin-Wien 1927.
Planck's Kommentar zum B.G.B. Berlin 1914.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B. Bd. 5.
Reichel: Die Schuldmitübernahme, München 1909.
Rohde: Das Grunderwerbssteuergesetz. Berlin 1926.
Rosendorff: Das Körperschaftssteuergesetz vom 10, 8. 25. Berlin-Wien 1925.
Rosenstock: Vom Industrierecht, Rechtssystematische Fragen; Festgabe Xaver Gretener, Berlin, Breslau 1926.
Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien: I. Bd., Leipzig 1904.
Seligsohn: Das Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin-Leipzig 1920.
Seligsohn: Warenzeichenrecht, Berlin-Leipzig 1920.
Sohm: „Der Gegenstand“ (in „3. Beiträgen zum bürgerlichen Recht, für H. Degenkolb“), Leipzig 1905.
Sohm: Institutionen. 17. Aufl., bearb. von Mitteis, München-Leipzig 1923.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar). Berlin-Stuttgart-Leipzig 1926.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten: Bd. 63, 69.
Schönewald: Ueber die Verpachtung von Handelsgeschäften, Dissertation Göttingen 1904.
Stampe: Einführung in das bürgerliche Recht, I, Berlin-Leipzig 1920.

Staub's Kommentar zum H.G.B. 12. und 13. Aufl. 1926, bearbeitet von Bonli, Koenige, Pinner.
Staudinger's Kommentar zum B.G.B.: München-Berlin 1912.
Strutz: Handbuch des Reichssteuerrechts. Berlin-Wien 1927.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.
Warneyer: Kommentar zum B.G.B. für das Deutsche Reich. Tübingen 1921.
Martin Wolff: „Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts" in Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, II. Band. Breslau 1910.

A. Einleitung.

Das Thema weist insofern schon von selbst auf ein in den letzten Jahren viel behandeltes Problem hin, als die juristische Natur des „Handelsgeschäftes“ und seine Einordnung in das geltende Rechtssystem Gegenstand mannigfacher Erörterungen war. Das ist nicht weiter verwunderlich, wenn man berücksichtigt, daß es sich um einen Begriff handelt, der im Wirtschaftsleben eine alltägliche und gleicherweise bedeutende Rolle spielt, und unter dem man je nach der wirtschaftlichen Entwicklung etwas anderes versteht.[1] Es ist naheliegend, daß das Wesen des Handelsgeschäftes zunächst von der Wirtschaftswissenschaft näher untersucht wurde, und zwar im Zusammenhang mit der Lehre von den Unternehmungen, und daß erst im Bedarfsfalle der Gesetzgeber das „Handelsgeschäft“ in die Rechtsordnung einführte. Zu einem allgemein anerkannten, fest umgrenzten Begriff ist es jedoch bis heute nicht gekommen.[2] Abgesehen davon, daß im Gesetz (vgl. §§ 22, 25 H.G.B.) die Bezeichnung „Handelsgeschäft“ mit keinem Wort näher erläutert wird, ist nicht zu ersehen, in welcher Beziehung diese zu dem ebenfalls gebrauchten „Unternehmen“ (§§ 2, 3, 191 II H.G.B.) und zum „Handelsgewerbe“ (§ 1 H.G.B.) steht. Und ist das Handelsgeschäft vielleicht wesensgleich mit dem „Erwerbsgeschäft“ der Ehefrau, des Kindes, des Mündels[3]; ist es, um noch ein Beispiel herauszugreifen, identisch mit dem „Gewerbebetrieb“, der nach § 6 Nr. 2 des Eink.St.G. v. 10. 8. 25 der Besteuerung unterliegt?

B. Begriff des Handelsgeschäfts.

Veranschaulichen wir uns, daß das Handelsgeschäft uns gewöhnlich in seinen rechtlichen Beziehungen zu Sachen, Rechten[4] und Personen[5] und in seinen tatsächlichen Beziehungen, wie vor allem in seinen Verbindungen mit der Kundschaft, in dem geschäftlichen Ruf und in den Entwickelungsmöglichkeiten erscheint, so erkennen

1) Vgl. Passow, A. S. 89.
2) Oppikofer (S. 3) stellt das im Hinblick auf den Unternehmensbegriff fest.
3) Vgl. Jacobi S. 26 Anm. 57.
4) Geschäftsinventar, Waren usw. Nicht zu vergessen die immateriellen Güterrechte, wie Firmen, Warenzeichen, Patentrechte.
5) Forderungen.

wir bald die Schwierigkeit der Begriffsbildung, wenn wir auf die Summe dieser Einzelerscheinungen die Vorschriften eines Rechtsinstitutes anzuwenden versuchen.

So finden wir auch in der Literatur einen Niederschlag von den verschiedensten rechtssystematischen Bemühungen, und man kann sagen, der Streit der Lehrmeinungen geht vornehmlich darum, welcher von den Gesichtspunkten, die aus der Mannigfaltigkeit der Begriffsbestandteile hervortreten, in den Vordergrund zu stellen sei. Das kann nun allerdings zum Teil Auffassungssache des einzelnen Schriftstellers sein, allein, ein Gesichtspunkt muß schließlich objektiv entscheidend sein, und dieser kann wohl nur aus der Erkenntnis gewonnen werden, daß unser Recht den Forderungen des Wirtschaftslebens gerecht werden und die Bedürfnisse, die dieses an das Recht stellt, befriedigen muß. Die Frage der Rechtssystematik ist hier aufs engste mit der der Wirtschafts- und Rechtsentwicklung verknüpft.

Wir werden sehen, wie man in der Literatur das „Handelsgeschäft" bestimmten Rechtsbegriffen unterzuordnen suchte, indem die einen ihm Rechtspersönlichkeit zuschreiben, dem eigenes, rechtliches Können verliehen ist, und die anderen eine bestimmt geartete Vermögensmasse annehmen. Mit der fortschreitenden Industrialisierung der Wirtschaft ist nun aber auch eine Rechtsentwickelung einhergegangen, die zur Schaffung industriellrechtlicher Begriffe führte, nachdem die Formen des bürgerlichen und Handels-Rechts nicht mehr genügten. Es wurden Ansichten laut, die, von der Wirtschaftswissenschaft befruchtet, die geltende Rechtsordnung zur Lösung derartiger Probleme für untauglich erklärten, da das Wesen des Handelsgeschäftes, des Unternehmens, in seiner geistigen Organisation, im lebendigen Wirken der Kräfte zu erblicken sei, die abstrakten gesetzlichen Bestimmungen aber etwas Starres, durch einseitiges Denken Gewonnenes darstellten und dazu veraltet seien.[6] Das Unternehmen und im Zusammenhang damit das Handelsgeschäft wurden juristisch neu erklärt und, vom Unternehmen getrennt, der „Betrieb" begrifflich erfaßt.[7]

Beginnen wir mit einer Gruppe von Schriftstellern,[8] die das Handelsgeschäft als eine selbständige rechtliche Persönlichkeit ansehen und in dem Recht der Handelsfirma eine entscheidende Stütze für

---

6) Vgl. Rosenstock („Vom Industrierecht") S. 10 ff., S. 13, Anm. 15, Jacobi S. 20, Anm. 50, Oppikofer S. 6 ff., S. 10, 14, 118.
7) Vgl. die Schriften von Rosenstock, Oppikofer, Jacobi und Passow.
8) Hierher gehören: Endemann, Mommsen, Völderndorff-Anschütz, Becker.

ihre Auffassung finden. Das Geschäft erscheint ihnen als ein so selbständiges, für sich abgelöstes Gebilde, daß die Persönlichkeit des Kaufmanns dahinter verschwindet.

Diese, besonders von Endemann[9] vertretene Ansicht erweist sich jedoch von vornherein als unhaltbar. Denn das Geschäft kann nicht zugleich Subjekt und Objekt von Rechten sein. Mit Recht sagt daher Simon:[10] „Die beiden Prädikate schließen sich gegenseitig aus. Wer selbst fähig ist, berechtigt und verpflichtet zu werden, kann nicht zu gleicher Zeit im Eigentum eines andern stehen.“[11]

Aehnlich vertritt Mommsen[12] den Standpunkt, daß das Geschäft „als selbständiger Träger des Kredites und der gesamten Handelstätigkeit erscheint, nicht der Inhaber.“ Anders ist es nach seiner Ansicht nicht zu erklären, daß ein Kaufmann mehrere Handelsgeschäfte haben kann, die nicht nur Filialen sind, sondern als selbständige Unternehmungen einander gegenübertreten können. Dabei übersieht M. aber, — und darauf stützt er ja seine Ansicht — daß die einzelnen Handelsgeschäfte ein und desselben Kaufmanns keine selbständigen Rechtspersönlichkeiten sind.[13] Denn sie können weder materiellrechtlich gegeneinander Ansprüche haben, noch im Prozeß gegeneinander klagen. Dazu kommt, daß mit der Formel „selbständiger Träger des Kredits und der gesamten Handelstätigkeit“ rechtswissenschaftlich noch gar nichts gewonnen wird. Wenn Mommsen weiter sagt, „daß die Inhaberschaft die Nebensache, das Geschäft die Hauptsache ist“, so dürfte das, abgesehen von der begrifflichen Unzulänglichkeit, schwerlich etwas Allgemeingültiges darstellen, denn es wird zwar in manchen Fällen die wirtschaftliche Lage diese Behauptung wohl bestätigen, oft aber wird sie durchaus unzutreffend sein.[14]

Auch die Idee des Zweckvermögens, die der Theorie der Rechtspersönlichkeit recht nahe kommt, wird hier in die Debatte geworfen und von Becker[15] als maßgebend betrachtet. Ein solches

---

9) Vgl. Endemann S. 58 ff.
10) Vgl. S. 109 ff., (in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 24).
11) Vgl. auch v. Tuhr S. 63.
12) Busch's Archiv Bd. 32/210.
13) Eine Ausnahme gilt natürlich bei Rechtspersönlichkeiten um der juristischen Form willen, wie z. B. bei einer AG. oder einer GmbH.
14) Völderndorff-Anschütz schließt sich der Theorie Mommsen's und Endemann's an, mit besonderer Hervorhebung der „kaufmännischen Personen, die von der physischen Person zu unterscheiden wären“. S. 108 ff.
Gegen V.A.: Regelsberger (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 14/13), der die Frage aufwirft, was man sich unter der kaufmännischen Persönlichkeit zu denken hätte, wenn man die Annahme einer juristischen Person verwirft. Mit Recht führt Stegemann (S. 45) zur Widerlegung Mommsen's aus, daß der Inhaber in Unterordnung unter sein Geschäft „in gar keinem Rechtsverhältnis zu dritten Kontrahenten stehen würde;“ er hätte kein Recht auf die Forderungen des Geschäftes, keine Verpflichtung zur Schuldentilgung.
15) In Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 4/537.

Vermögen „hat seine eigene Verwaltung, oft einen besonderen Namen . . . stets die Fähigkeit zu besonderen Rechtsverhältnissen Dritten gegenüber, zu Forderungen und Schulden“. Es ist von der physischen Person des Einzelkaufmanns getrennt zu halten; und nicht die Frage nach dem Subjekt eines Vermögens, sondern allein die nach den Zwecken eines solchen vermag konstruktiv zu befriedigen. Berücksichtigt man aber, daß es im heutigen deutschen Rechtsleben nur natürliche und juristische Personen gibt, die als Träger der Rechtspersönlichkeit anzusehen sind — es muß als ausgeschlossen erscheinen, ohne den Begriff des Rechtssubjekts auszukommen[16] — so erkennt man, daß es heute derartige Zweckvermögen mit juristischer Persönlichkeit nicht gibt.[17] Das immer wieder zum Beweis dieser Lehre herangezogene Beispiel der Stiftung muß versagen, wenn man bedenkt, daß an der Rechtspersönlichkeit sich nichts ändert, wenn es der Stiftung am Vermögen gebricht. Die Stiftung hat auch ohne Vermögen Bestand; ja, es muß ihr erst das Vermögen vom Stifter zugewandt werden. Stiftung und Stiftungsvermögen sind alles völlig verschiedene Dinge. Das Zweckvermögen selbst also als juristische Persönlichkeit anzusprechen, geht nicht an. Man gelangt dann ganz allgemein zu der Feststellung, daß sich ein Handelsgeschäft nicht im Sinne der genannten Schriftsteller erklären läßt.[18]

Die Verschiedenartigkeit seiner Bestandteile, die in ihrer Zusammenfassung wiederum eine geschlossene Einheit bilden, läßt die Annahme eines Vermögensinbegriffs als naheliegend erscheinen. So ist in der Tat in führenden Werken der Handelsrechtsliteratur folgende Ansicht vertreten: Man sieht im Handelsgeschäft[19] „einen als einheitliches Ganzes konstituierten Inbegriff und bezeichnet es als ein „Sondervermögen“; oder man faßt darunter die zum Geschäft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, die in ihm begründeten Rechte; insbesondere die Forderungsrechte und

16) Vgl. v. Tuhr Bd. 1, S. 76 ff. Enneccerus I, 1, S. 164 ff., S. 235. Die Versuche Stampe's, ohne den Subjektsbegriff auszukommen (vgl. Stampe I, S. 3 ff, S. 105,09) müssen als gescheitert angesehen werden.

17) Brinz löst den Begriff der juristischen Person in ein „Zweckvermögen“ auf; man kann aber nicht irgendeinem Vermögenskomplex den Charakter eines Zweckvermögens beilegen und daraus eine juristische Persönlichkeit ableiten. Die Voraussetzungen hierfür sind gesetzlich festgelegt. Im übrigen steht die Brinz'sche Theorie heute vereinzelt da. Vgl. Enneccerus I, 1, § 96.

18) Gegen Mommsen und Becker: Simon (in Zeitschrift d. ges. Handelsr. Bd. 24) S. 109 ff. (die Annahme eines unabhängigen Zweckvermögens, das heißt, einer juristischen Person . . .; dieser Auffassung gebricht es aber an jeder rechtlichen Grundlage“). Regelsberger (ebendort) Bd. 14 S. 14. Stegemann in Rostocker Rechtswissenschaftl. Studien I S. 6. Lehmann (Lehrb.) S. 78; vgl. auch K. Friedrichs in „Die Wirtschaft und das Recht“, April-Heft 1928, S. 327.

19) So Otto v. Gierke in Kohler/Holtzendorff Encycl. d. Rechtsw. Bd. 3, S. 21 ff

nicht zuletzt auch die „Beziehungen zu den Kunden“ sowie „die sogenannten Chancen des Geschäfts als Einheit zusammen.[20] Es muß durchaus zweifelhaft erscheinen, ob man mit dieser Konstruktion zu befriedigenden Resultaten gelangen kann. Lehmann scheint dies gefühlt zu haben. Obwohl die ganz besondere Bedeutung der geschäftlichen Beziehungen, der im Geschäft enthaltenen Entwicklungsmöglichkeiten von ihm nicht verkannt sind, so wirft er doch die Frage auf,[21] ob sie überhaupt als Bestandteil eines Vermögens gerechnet werden dürfen, da sie weder unter den Begriff der Sache noch unter den der Rechte fallen. Nach Lehmann kann die Frage eben nicht die sein: „Gehören die Chancen zum Handelsvermögen? sondern nur die: Welche rechtlichen Beziehungen können mit Bezug auf sie entstehen?“ Aus diesen von L. mit Recht geäußerten Bedenken[22] aber geht schon mit genügender Deutlichkeit hervor, daß die juristische Form des „Sondervermögens“, eines Vermögensinbegriffs, den wirklichen Verhältnissen gegenüber zur Klarstellung des Begriffs nicht brauchbar ist. Letzten Endes haften dieser Auffassung dieselben Bedenken wie der oben abgelehnten Lehre vom Zweckvermögen an.

Auch bei den übrigen vorerwähnten Schriftstellern ist fast durchgängig festzustellen, daß sie die für ein Geschäft grundlegende Bedeutung der Chancen und der Organisation an sich mit Recht betonen und in den Vordergrund ihrer Betrachtung stellen, ohne jedoch dieselben zum Vermögensbegriff in ein bestimmtes Verhältnis zu bringen. Dazu kommt, wie wir noch weiter unten sehen werden, daß das Gesetz dem geschäftlichen Unternehmen durchaus keinen rein vermögensrechtlichen Charakter beigelegt hat, und dieser Gesichtspunkt wird von den erwähnten Autoren noch völlig verkannt.

Die unbefriedigende Erklärung, die in der Theorie vom Vermögensinbegriff liegt, mag dazu geführt haben, daß eine andere Richtung in der Literatur hier einen rechtlichen Begriff überhaupt ablehnt, dafür einen tatsächlichen aufstellt und sich mit diesem begnügt. Ihr erscheinen die geschäftlichen Verbindungen, die Kundschaft, die Lage des Geschäfts und die Organisation desselben als

---

20) Vgl. J. v. Gierke S. 46 ff., Staub I Anm. 4 § 22, Makower HGB. S. 111; Gareis S. 169; Cosack S. 50 ff., Lehmann S. 77 R. O. H. G. 4/146, JW. 19904, S. 99; RG. 55/125; vgl. auch Behrendt (Lehrb.) S. 202 ff.; nach dem das Geschäft gleichbedeutend mit dem Geschäfts- oder Handelsvermögen ist; es sei der in dem konkreten Handelsgewerbe steckende Vermögenswert. Dieser Ansicht ist keineswegs beizupflichten, da ein „Vermögenswert“ ein volkswirtschaftlicher und kein juristischer Begriff ist.

21) Vgl. Lehmann S. 80.

22) Vgl. Enneccerus I, 1, § 124, I („Dagegen bilden bloße Hoffnungen und Aussichten, die sich noch nicht zu Anwartschaftsrechten entwickelt haben, keinen Vermögensbestandteil“).

so vorherrschend, daß Gegenstände von Vermögenswert bei ihr nur eine nebensächliche Bedeutung haben.

Man ging nicht mehr vom Sinnfälligen der Erscheinungen aus, um es unter eine juristische Formel zu bringen, sondern man suchte die innersten Zusammenhänge auf, als man das „Handelsgeschäft“ nur als eine tatsächliche Situation bezeichnete“, die rechtliche Folgen haben kann, die aber nicht selbst ein Recht oder Rechtsobjekt ist.[23] Müller-Erzbach und Pisko[24] fanden das Entscheidende der Unternehmung in ihrer „geistigen Organisation“, in den Entwicklungsmöglichkeiten, die der Unternehmung als solcher innewohnen. In der zweckmäßigen Tätigkeit, „in dem Anordnen der sachlichen Produktionsfaktoren“ erblicken sie den Kern des Geschäftes. Jene Wechselwirkung von Unternehmertätigkeit, von Unternehmertüchtigkeit einerseits und von Verwertung der hierdurch geschaffenen Geschäftsbeziehungen und Möglichkeiten andererseits, ist es, worauf es ihnen ankommt. Diese Ansichten sind auch neuerdings in einer Reihe von wissenschaftlichen Abhandlungen mit mehr oder weniger bedeutungsvollen Abweichungen von einander vertreten worden. Ihre Autoren[25] erachten zeitgemäß das Unternehmen als etwas Lebendiges, in sich Geschlossenes und gehen insofern noch einen Schritt weiter, als sie es gewissermaßen „entpersönlichen“. Die Gründung und der Werdegang heutiger industrieller Unternehmungen führt sie zu der Anschauung, daß die Unternehmung bei gedeihlicher Fortentwicklung mit der Zeit über den Unternehmer und seine geschäftliche Leitung hinauswächst und eigenes Leben entfaltet. Indem immer mehr Kräfte zielstrebig zusammenwirken, stellen sie eine „Macht“,[26] ein überpersönliches Gebilde fast transzendentaler Art für sich dar. Während aber Jacobi[27] die Annahme einer Rechtspersönlichkeit nur mit Rücksicht auf die geltende Rechtsordnung ablehnt, eine derartige juristische Ausdrucksform aber augenscheinlich nicht für unangebracht hält,[28] liegt es von vornherein nicht in der Absicht Oppikofer's,[29] das Unternehmen — für ihn eine durch subjektiv wirtschaftliche Zuordnung geschaffene Organisation von Gütern und Arbeitskräften — in das Gewand der juristischen

23) Vgl. Binder I, S. 32 ff.

24) Vgl. Pisko in Ehrenberg's Handb. II S. 197 ff. („Organisation des Betriebes und gesicherte Absatzgelegenheit“); vgl. M.-E. (DHR. I S. 84 ff.), vgl. auch Sohm (Kohler's Arch.) 28/181.

25) Vgl. Rosenstock, Oppikofer, Jacobi.

26) Vgl. Rosenstock S. 87.

27) Vgl. S. 22.

28) J. spricht das nicht ausdrücklich aus; man kann diese Meinung aber dem ganzen Zusammenhang entnehmen.

29) Vgl. „Das Unternehmensrecht“ S. 20, 100. Bei O. ist das unpersönliche Element für das Unternehmen begriffsnotwendig, nicht so das persönliche Element.

Persönlichkeit zu zwängen.[30] Das wäre bei seiner dynamischen Anschauung vom Unternehmen eine Rückbildung und keine Fortbildung des Rechts.

Damit ist jedenfalls die statische Auffassung von der Unternehmung verlassen worden, eine dynamische ist an ihre Stelle getreten. Eine solche Lösung der Frage ist zweifellos wirklichkeitsnäher, und eine derartige Einstellung führt auch zu der rechtswissenschaftlichen Scheidung von „Betrieb" und „Unternehmen", einer begrifflichen Unterscheidung, die man früher nicht kannte. Diese wurde einmal durch Betonung der Tätigkeit, der Bewegung in diesen Erscheinungen, dann aber auch durch die Entstehung der sogenannten Großunternehmungen hervorgerufen; unterstützt wurde sie noch durch die Vorarbeiten, die in der Wirtschaftswissenschaft geleistet wurden.[31] Der Klarstellung dieser Rechtsbegriffe begegneten und begegnen noch heute insofern Schwierigkeiten, als vor allem das Wort „Betrieb" ein Allerweltswort geworden ist.[32] Dieses Wort wird durchaus nicht immer in demselben Sinne gebraucht, was sich auch zur weiteren Erschwerung der Verständigung in der Gesetzgebung widerspiegelt. Bald bedeutet „Betrieb" so viel wie „betreiben", also reine Tätigkeit,[33] bald den technischen Teil eines Unternehmens,[34] bald dasselbe wie „Unternehmen".[35] Ueber die verschiedensten Meinungen hinweg wird man jedenfalls sagen dürfen, daß der Betrieb die Grundlage ist, auf der sich das Unternehmen aufbaut, daß er die unmittelbare Ausdrucksform für die in demselben wirkenden geordneten Kräfte ist. Er ist andererseits nicht etwas von vornherein Selbständiges, das für sich Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann, er ist vielmehr nur denkbar als eine fest bestimmte vom Unternehmen abhängige Größe,[36] als ein von demselben mitumfaßtes technisches Gebilde. Der „Betrieb" ist eine „dauernde Kräfteordnung",[37] durch die ein bestimmter technischer Erfolg bezweckt wird. Menschen arbeiten, stellen ihre Arbeitskraft zur Verfügung, und diese wirkt wieder auf Maschinen, Gerätschaften und andere außermenschliche Kräfte. So ergibt sich ein vielstrebiges,

---

30) Vgl. hiermit die Ansicht Mommsen's, S. 3 der Arbeit.
31) Vgl. Liefmann: „Ueber Wesen und Formen des Verlags"; Sombart: „Der moderne Kapitalismus; Passow: „Betrieb, Unternehmung, Konzern".
32) Vgl. Friedländer S. 46 ff., Jacobi S. 1 Anm. 1.
33) Vgl. § 1 RGO., § 55 a RGO., Passow S. 37 ff., Jacobi S. 33 ff.
34) Vgl. § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes.
35) Vgl. Jacobi S. 27 Anm. 27 Anm. 62 (AVG. v. 20. 12. 1911 § 374).
36) Vgl. Oppikofer S. 14 ff. Abweichend K. Friedrichs in „Die Wirtschaft und das Recht", April-Heft 1928, S. 328.
37) Von diesem neuartigen industrierechtlichen Gesichtspunkt aus faßt ihn Rosenstock auf (S. 21). Vgl. auch Goldschmidt (Reichswirtschaftsrecht S. 116).

harmonisches Zusammenspiel von Kräften, und der Betriebsleiter, der die höhere geistige Führung innehat, wird darauf achten, daß diese Einheit der Ordnung erhalten bleibt.[38] Er wird hierzu nach der jeweiligen Geschäftslage und aus Gründen vernünftigen Wirtschaftens Umstellungen im Betriebe vornehmen, Kräfte, seien es Arbeits- oder Natur-Kräfte, an anderen Punkten ansetzen müssen als vordem. Dieser Verfügungsgewalt über die menschliche Arbeitskraft entspringt auch das Recht des Inhabers, Betriebsangehörige zu zitieren[39] und von ihnen Rechenschaft über ihre Handlungen zu fordern. Bei alledem ist jedoch nicht zu übersehen, daß oft genug eine solche Kräfteordnung zu ihrer eigenen Erfüllung bestimmter Sachen nicht entraten kann: Kann man beispielsweise von dem Betrieb einer Mineralölraffinerie sprechen, wenn Ingenieure, Chemiker und Arbeiter zur Stelle, die Apparate nur noch in Gang zu setzen sind, aber die Rohware fehlt? Und wie verhalten sich rechtlich die „sächlichen Mittel"[40] zu dem industrierechtlichen Begriff einer „dauernden Kräfteordnung"? Es gäbe hier nur den einen Ausweg, nämlich die Rohware als Zubehör im Sinne des BGB. zur „dauernden Kräfteordnung" anzusprechen, eine insofern bedenkliche Konstruktion, als der bürgerlich-rechtliche Zubehörbegriff ein streng technischer ist; zurzeit sind die §§ 97 ff. BGB. im vorliegenden Fall unanwendbar, aber der Gesetzgeber wird sich neueren, allgemein anerkannten Auffassungen in Dingen des Rechts- und Wirtschaftslebens auf die Dauer nicht verschließen können. Der Zubehörbegriff wird erweitert werden,[41] er wird die Konstruktionsgrundlage für die statischen Elemente im Industrierecht abgeben müssen. So müssen wir uns darauf beschränken, den „Betrieb" als eine „dauernde Kräfteordnung", verbunden mit den für sie notwendigen Gegenständen, zu erklären.

Und über dem „Betrieb" erhebt sich „die Unternehmung" als eine höhere Einheit mit einer umfassenderen Organisation und mit umfassenderen Zwecken. Hier gilt es, über einen dauernd zu erfüllenden, unmittelbaren technischen Zweck hinaus, ein erwerbswirtschaftliches Bedürfnis zu befriedigen.[42] Auch die Unternehmung ist kein

38) Bei Vorstandsmitgliedern juristischer Personen ist es durchaus möglich, daß sie innerhalb des Betriebes wirken, also selbst als eine der vielen Arbeitskräfte gewertet werden; vgl. Rosenstock S. 32; Oppikofer S. 9, der von dem Unternehmen Aehnliches aussagt.

39) Vgl. Rosenstock S 25.

40) Vgl. Jacobi S. 9.

41) Vgl. Oppikofer S. 113 ff., insbesondere S. 117.

42) Bei Jacobi (S. 20) ist das „Unternehmen" „die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln durch das von einem Rechtssubjekt (oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam) verfolgte Ziel, ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen".

starres Gebilde; ist sie auch nicht selbst Kräfteentfaltung, so vermag sie doch die im Betriebe geordneten Kräfte auszulösen, die in ihr wieder zur Ruhe kommen. Die Unternehmung ist „die Möglichkeit, aus der im Betrieb Wirklichkeit wird.“[43] Sie ist nicht die Summe ihrer einzelnen Bestandteile (Bestandteil in juristisch-untechnischem Sinne), sondern sie ist etwas Drittes, eine „Macht“, eine „durch subjektiv wirtschaftliche Zuordnung geschaffene Organisation von Gütern und Arbeitskräften“, die dazu übertragbar und nicht nur technischer Art ist.[44] Der Kern der Unternehmung liegt einmal in ihrer geistigen Organisation,[45] in der zielbewußten Tätigkeit des Unternehmers, die oft von größter Bedeutung ist, dann aber auch in den Wirtschaftsgütern und -werten, auf die sich die organisatorische Tätigkeit bezieht, wie auch in denen, die durch sie geschaffen werden. Dieses „unpersönliche Element“ im Unternehmensbegriff ermöglicht es erst überhaupt, daß die Unternehmung den Inhaber überdauert,[46] daß sie übertragbar ist. Die von dem Unternehmer geschaffenen Chancen, der geschäftliche Ruf, das gute Einvernehmen der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber u. a. lassen mit der Zeit, mit dem Wachsen der Unternehmung ihren Ursprung vergessen, sie lösen sich vom Unternehmer und erhalten einen sozialen Wert; an sich können diese Güter nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein, sie müssen dazu verkörpert sein. Und, wie schon erwähnt, kann der Begriff der Unternehmung nur dann der derzeitigen Entwickelungsstufe des Rechts- und Wirtschaftslebens gerecht werden, wenn er eine „übertragbare Unternehmensorganisation“ als innersten Kern aufweist: Ist doch die Unternehmung in hohem Maße Gegenstand des Rechtsverkehrs; sie wird vererbt, veräußert, verpachtet und spielt bei der Konzernbildung die unmittelbare entscheidende Rolle. Dabei werden zur Unternehmung nicht nur rechtlich übertragbare Güter wie Sachen- und Immaterialgüter-Rechte als vergegenständlichte Organisationen zu rechnen sein, sondern auch tatsächlich Uebertragbares. Die so gebildete Rechtsgesamtheit ist jedoch nicht als ein Sondervermögen anzusehen, das allein einem Rechtssubjekt wie dem Unternehmer oder seinem Nachfolger zuzuschreiben und nur in dieser von vornherein bestimmten Beziehung aufzufassen ist, vielmehr liegt das allein Entscheidende in den mannigfaltigen funktionellen Bezie-

---

Er wählt für die Fälle, in denen es sich nicht um Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung handelt, den Ausdruck „Unternehmung“.

43) Vgl. Rosenstock S. 30.

44) Vgl. Oppikofer S. 11 ff., 20, 136.

45) Aber hierin nicht allein, wie Oppikofer entgegen Isay und Pisko richtig ausführt (S. 6 ff.).

46) Oppikofer, vgl. S. 20, Passow S. 90.

hungen zwischen den einzelnen Teilen dieser Gesamtheit zueinander.[47] Eine solche Unternehmung kann dann ebenso aus mehreren Betrieben bestehen, wie ein Rechtssubjekt mehrere Unternehmungen mit je einem dazu gehörigen Betrieb besitzt. Oft lassen sich die Aufgaben, die sich der Unternehmer gesetzt hat, nur durch Errichtung mehrerer Betriebe erreichen.[48] Es bleibt schließlich noch festzustellen, daß wohl „Unternehmung" mit „Handelsgeschäft" gleichbedeutend ist, nicht aber „Handelsgeschäft" mit „Handelsvermögen". Denn dieses kann, muß aber nicht mit dem Handelsgeschäft verbunden sein, was auch schon aus dem § 25 H.G.B. mit Deutlichkeit hervorgeht. Erfolgt die Uebertragung eines Geschäftes, so kommt es darauf an, daß der Erwerber bezw. der Pächter mit Hilfe der ihm zur Verfügung stehenden Organisation und der „Betriebsvoraussetzung" das Geschäft fortzuführen vermag. Was alles hierzu gehört, ist Frage des einzelnen Falles. Darüber hinaus kann in mehr oder weniger großem Umfange Handelsvermögen vorhanden sein, das dann ganz oder teilweise, je nach Vereinbarung, auf den Erwerber übergeht. Es besteht, wie schon bemerkt, nur in bezug auf ein Rechtssubjekt, das sein Träger ist, und es verleiht diesem einerseits vermögensrechtliche Fähigkeiten, wie es andererseits Haftungsgegenstand sein kann.[49] Obwohl das Handelsvermögen mit dem Handelsgeschäft praktisch eng verbunden ist, könnte man es doch nicht als Bestandteil, vielmehr als „erweitertes" Zubehör des letzteren ansprechen.[50]

Das Vorhergehende zusammenfassend, können wir das Handelsgeschäft als eine übertragbare, Kräfte und Gegenstände umfassende Organisation bezeichnen, die zur Erreichung eines erwerbswirtschaftlichen Erfolges geeignet ist.

C. Der Pachtvertrag über ein Handelsgeschäft, Form und Inhalt.

Es ist schon angedeutet worden, daß der Verpachtung eines Handelsgeschäftes im heutigen Wirtschaftsleben eine hervorragende

47) Vgl. Oppikofer S. 86.

48) Vgl. Jacobi S. 23 ff., Oppikofer S. 15.

49) Vgl. Oppikofer S. 85 ff. Zum Handelsvermögen gehören zunächst die Aktiva. Die Frage, ob auch die Passiva Bestandteil des Geschäftsvermögens und überhaupt des Vermögens sind, ist in der Literatur Gegenstand eingehender Erörterungen. Man wird wohl der Ansicht von Enneccerus folgen müssen, die dahin geht, „daß die Verpflichtungen nicht als Teil des Vermögens angesehen werden, sondern das Vermögen ist mit ihnen belastet, das heißt, sie sind aus diesem Vermögen zu erfüllen. E. stützt sich dabei auf die §§ 1922, 1962 BGB. in Verb. m. Protokollen d. Commission f. d. 2. Lesung des Entwurfes des BGB. (Bd. 5 S. 649 ff.), Enneccerus I S. 324 ff., vgl. auch Sohm („Der Gegenstand") S. 73; Dernburg I S. 355, Goldmann/Lilienthal I S. 115; Binder I S. 10 ff., Müller-Erzbach S. 87.

50) Vgl. Oppikofer S. 115 ff.

Bedeutung beizumessen ist.[1] Zu dieser rechtlichen Gestaltung zwingt oft genug die Forderung der Rentabilität in der Kapitalwirtschaft, die dahin geht, mit möglichst geringem Kapitalaufwand den größtmöglichen Nutzen zu erzielen. In so manchem Falle werden es die Leiter kleinerer oder mittlerer Unternehmungen für vorteilhaft oder sogar für angezeigt halten, Anschluß bezw. Halt an einer großen Unternehmung ihres Geschäftszweiges zu suchen. Die Betriebe beider Unternehmungen werden dann häufig, von einander ununterscheidbar, zusammenwirken, weitgehende Personalveränderungen werden vorgenommen, und man glaubt schließlich, eine einzige große Unternehmung mit einer entsprechend einheitlichen Organisation vor sich zu haben. Das Bestehen zweier (oder mehrerer) selbständiger Unternehmungen ist oft zunächst garnicht zu erkennen. Dazu verdunkelt die herrschende Unternehmung die von ihr beherrschte zu sehr. Um nun solche Unternehmenszusammenfassungen, wie sie die Wirtschaft gebieterisch fordert, ins Leben zu rufen, werden die verschiedenartigsten obligatorischen Verträge angewandt.[2] Dabei wird man, was die rechtliche Seite dieser Zusamemnschlüsse angeht, auf die Grundformen des bürgerlichen Rechtes zurückgreifen, wird vor allem die bürgerlichrechtlichen Bestimmungen über den Pachtvertrag berücksichtigen müssen.

Das H.G.B. enthält über die Verpachtung eines Handelsgeschäftes nur die knappe Bestimmung des § 22 II; damit taucht ganz allgemein die Frage auf, ob die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über den Pachtvertrag überhaupt im Handelsrecht Anwendung finden können und, bejahendenfalls, ob bezw. inwieweit das Handelsgeschäft gemäß § 581 B.G.B. ein „Gegenstand" ist, der einen „Gebrauch" und den „Genuß der Früchte" gestattet.

Der Anwendbarkeit der bürgerlich-rechtlichen Pachtvorschriften innerhalb des H.G.B. steht nach Art. 2 E.H.G.B. nichts im Wege. Denn hiernach würde die Anwendung jener Bestimmungen nur dann ausgeschlossen sein, wenn im E.H.G.B. selbst oder im H.G.B. sich eine derartige Bestimmung finden würde. Das ist aber nicht der Fall.[3]

Wir können uns also der Frage zuwenden: Ist das Handelsgeschäft ein „Gegenstand"? Der Begriff „Gegenstand" ist gesetzlich an keiner Stelle definiert; im § 90 B.G.B. ist er in Verbindung mit der Begriffsbestimmung „Sachen" gebraucht. Da „Sachen im

1) Vgl. Oppikofer S. 13; Haußmann S. 106 ff., S. 112 ff.
2) Vgl. Haußmann S. 109 ff.
3) Vgl. Düringer-Hachenburg I S. 9; II S. 3.

Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände sind", so ergibt sich mit Notwendigkeit, daß der Begriff „Gegenstand" im Verhältnis zu dem der „Sache" der Oberbegriff ist. Neben den Sachen faßt man gemeinhin auch die Rechte hierunter.[4]

Nach Sohm[5] jedoch ist „Gegenstand" nur, „was Gegenstand eines Verfügungsgeschäftes sein kann (der Verfügungsgegenstand)." Sohm stellt demnach einen streng technischen Begriff des Gegenstandes auf. Folgt man seiner Lehre, so könnte ein Handelsgeschäft nicht als „Gegenstand" angesehen werden; eine Verpachtung wäre ausgeschlossen, denn „durch ein Verfügungsgeschäft kann nur über e i n e Sache verfügt werden: so viel Sachen, so viel Verfügungsgeschäfte. Ueber einen Sachinbegriff kann dagegen nicht durch eine „Verfügung" verfügt werden. Sachinbegriffe sind keine Sachen im Rechtssinne.[6] Diese von Sohm vertretene Meinung ist denn auch — bei aller Anerkennung, die seine Schrift in der Juristenwelt gefunden hat — von der Literatur im wesentlichen abgelehnt worden. Der Sohm'sche Begriff ist ihr zu eng gefaßt.[7] Verbleibt man andererseits bei der Ansicht, der Gegenstand umfasse nur Sachen und Rechte, so widerspricht das einmal dem gewöhnlichen Lebensgebrauch, der sich an diese Grenze nicht hält, sondern auch tatsächliche Verhältnisse und Lebensgüter darunter begreift; sodann aber würde dies auch nicht mit verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen sein. Man denke z. B. an § 586 B.G.B., wo von der Verpachtung eines Grundstückes samt Inventar die Rede ist, und vor allem eben an § 22 H.G.B., wo die Uebernahme eines Handelsgeschäftes auf Grund eines Pachtvertrages ausdrücklich vorgesehen ist. Diese letztere Vorschrift würde sich selbst aufheben, wenn ein Handelsgeschäft nicht als Gegenstand im Sinne des § 581 B.G.B. angesehen werden könnte. Auch das Handelsgeschäft, in seinem Wesen eine Organisation, kann durchaus als ein einheitliches Vermögensgut, als Gegenstand im Sinne des Gesetzes angesehen werden.[8] Der Begriff ist demnach mit dem Reichsgericht „den Anschauungen des Verkehrs Rechnung tragend" weit auszulegen, so daß „nicht bloß Sachen und

4) Vgl. Soergel, Vorbem. zu § 90 BGB.

5) „Der Gegenstand" S. 7.

6) Ebendort S. 18. In diesem Zitat darf aber kein Widerspruch zu dem oben entwickelten Begriff des Handelsgeschäftes gefunden werden. Letzteres ist jedenfalls weder eine Sache noch ein Sachinbegriff, sondern eine Rechtsgesamtheit. Vgl. Sohm in Kohlers Arch. Bd. 28 S. 5, 181 ff. („Es folgt daraus, daß die Pacht eines Handesgeschäftes im Sinne von § 581 BGB. keine Verpachtung, sondern ein ähnliches Geschäft ist. Das Handelsgeschäft ist kein Gegenstand.")

7) Vgl. Enneccerus I, S. 289; Binder (in Goldschm. Zeitschr. Bd. 59) S. 3 ff. („. . . das Wort „Gegenstand", wo es vorkommt, fast immer tonlos gebraucht ist und legt die Vermutung nahe, daß es nicht überall in demselben Sinne gebraucht ist.") Staudinger I, Vorbem. zu § 90; Planck I Vorbem. zu § 90.

8) Vgl. Oppikofer S. 134.

Rechte, sondern auch Dinge, die, wie ein Handelsgewerbe . . „weder Sachen noch Rechte sind, Gegenstand eines entsprechend den Regeln vom Kauf zu behandelnden Veräußerungsgeschäfts sein können."[9] Gegen die Annahme, daß die Unternehmung ein Gegenstand im Rechtssinne sein kann, dürfte demnach nichts einzuwenden sein.

Daß ein „Gebrauch" des Handelsgeschäftes als eines verpachteten Gegenstandes möglich ist, wird, weil ein Gebrauch in der Natur dieser Einrichtung liegt, nirgends bezweifelt.[10]

Nicht so einfach beantwortet sich die Frage, ob bei einem Handelsgeschäft ein „Genuß der Früchte" stattfindet, ob überhaupt ein Geschäft Früchte im Sinne des B.G.B. abwerfen kann. Das B.G.B. unterscheidet im § 99 unmittelbare Sach- und Rechtsfrüchte sowie solche Früchte einer Sache oder eines Rechts, die — mittelbar — „vermöge eines Rechtsverhältnisses" gewonnen werden, auch Zivilfrüchte genannt.[11]

Da nun das Handelsgeschäft weder eine Sache noch ein Recht ist, so scheint zunächst die Gewinnung von Früchten im Sinne von § 99 B.G.B. unmöglich konstruierbar zu sein. Und doch sieht § 586 B.G.B. die Verpachtung eines Grundstücks samt Inventar, § 22 H.G.B. die Uebernahme eines Handelsgeschäftes aufgrund eines Pachtvertrages vor.[12] Der Gesetzgeber gibt damit einer häufig auftretenden wirtschaftlichen Erscheinung eine gesetzliche Grundlage. Er erkennt die Möglichkeit einer Fruchtziehung in diesen Fällen indirekt an. Die Erklärung dieses äußeren Widerspruchs findet man in der historischen Entwicklung des Fruchtbegriffs. Man hat die römische und gemeinrechtliche Einteilung der Früchte in fructus naturales und in fructus civiles in das B.G.B. übernommen, ohne den wirtschaftspolitischen Forderungen der Gegenwart Rechnung zu tragen, die auch noch Früchte anderer Art wohl kennt. So verwirft v. Petraczycki[13] den Fruchtbegriff des ersten Entwurfes (§ 792 des E.E.) mit dem Bemerken, „daß die 3 Abschnitte desselben kein Prinzip enthalten, welches das Wesen aller Früchte (des Gattungsbegriffs) bestimmte, welches allen Früchten gemeinsam wäre. § 792 enthält vielmehr nur eine Kasuistik. „Im zweiten Band seines Werkes sagt er treffend, daß man bei der Begriffsbestimmung nur die Gegenstände berücksichtigt hat, deren Früchte im Corpus Juris er-

---

9) Vgl. RG. 70/224, vgl. auch Motive zu dem Entwurf eines BGB. Bd. 2, zu § 531.
10) Vgl. beispielsweise Pisko bei Ehrenberg S. 233 ff.
11) Vgl. Cosack I S. 134 ff.., Enneccerus I, 1 § 120.
12) Vgl. Hoeniger (in Festschr. f. Otto Lenel) S. 1 ff., Enneccerus I, 2 S. 402; Staub I zu § 22 Anm. 15; Protokolle der 2. Comm. Band 2 S. 232 ff.
13) „Die Lehre vom Einkommen", I S. 280.
14) Bd. 2 S. 432.

wähnt werden. Daher konnten die Einkünfte von einem Handelsgeschäft dem Fruchtbegriff nicht untergeordnet werden. Enthält aber § 99B.G.B. eine Unvollständigkeit, und hat der Gesetzgeber die rechtliche Anerkennung von Früchten anderer Art nicht ausschließen wollen, so steht der Annahme, daß ein Handelsgeschäft Früchte im Rechtssinne hervorbringen kann, nichts entgegen.[15] Was die Art solcher Früchte anbetrifft, so herrscht in der Literatur[16] die Ansicht vor, den § 1655 B.G.B. hier zur Erklärung heranzuziehen. Wie dort dem Vater der jährliche Reingewinn gebührt, der sich aus dem Betriebe des Erwerbsgeschäfts ergibt, das zu dem der Nutznießung unterliegenden Vermögen gehört, so gilt als Frucht des Handelsgeschäfts der jährliche Reingewinn, den das Unternehmen ausschüttet.[17] Der Gedanke des § 1655 B.G.B. läßt sich in der Tat sehr gut zur Ergänzung der Pachtvorschriften verwenden, so daß eine Anwendung dieses Paragraphen wohl angebracht ist.

Diese Auffassung befriedigt von Buttlar[18] nicht. Er weist darauf hin, daß „die Frucht eines Handelsgeschäfts nicht in dem Gewinn des Geschäftes zu sehen ist. So viel umfaßt die Frucht des Handelsgeschäfts bei weitem nicht". Der Gewinn ist bei ihm das Resultat aus dem Fruchtgenuß und dem Gebrauch der Gegenstände, die die Gelegenheit zum Geschäftsbetriebe bilden. Er ist die Nutzung des Handelsgeschäfts. Eine Anwendung des § 1655 B.G.B. kommt bei ihm daher nicht in Frage. Seiner Ansicht nach käme nur dann der Reingewin als Frucht des Handelsgeschäfts in Betracht, wenn die Gegenstände, die u. a. das Handelsgeschäft bilden, ihn aus sich heraus ohne wesentliche menschliche Tätigkeit („Erzeugnisse der Sache, die sonstige Ausbeute, Erträge") hervorbringen würden. Das aber sei eben nicht der Fall. Zutreffend ist, daß die Gegenstände, die unter anderem das Geschäft bilden, Früchte im Sinne der §§ 99 ff. B.G.B. hervorbringen können, und daß weiter diese Früchte ihrer Natur nach dann von selbst entstehen. Aber bilden denn die einzelnen Sachen und Rechte allein das Handelsgeschäft, so daß es nur die tatsächlichen Früchte dieser Sachen und Rechte gibt, nicht aber Früchte des Handelsgeschäfts als solchen?

Es ist oben näher ausgeführt worden, daß das Wesen eines Handelsgeschäfts in seiner übertragbaren Organisation zu finden ist, in den funktionellen Beziehungen der einzelnen Teile desselben

15) So jetzt auch die gemeine Meinung: vgl. Cosack I S. 136; Pisko bei Ehrenberg Seite 204.

16) Hoenicka S. 24, Schönewald S. 56.

17) Von Petrazycki II S. 405; Isay (Recht a. Unternehmen) S. 162; Sohm („Der Gegenstand") S. 77 ff.; Staudinger IV Anm. 1 zu § 1655; Planck IV zu § 1655.

18) Vgl. S. 29 ff.

zu einander. Kann nun eine derartige Organisation aus sich heraus keine Früchte hervorbringen? Man wird dies bejahen können, zumal die Enge des Fruchtbegriffs nur aus historischen Gründen zu erklären ist. Und wenn v. B. sich darauf stützt, daß ein Handelsgeschäft nur in der Weise verpachtet werden kann, daß der Verpächter dem Pächter den Gebrauch und Fruchtgenuß der einzelnen Gegenstände gewährt, so kann demgegenüber nur stets wiederholt werden: es handelt sich nicht um die Verpachtung einer Vermögensmasse, sondern um die pachtweise Ueberlassung des Betriebes, der Unternehmung.

Zusammenfassend ist demnach zu bemerken, daß die Verpachtung eines Handelsgeschäftes konstruktiv auf keine rechtlichen Schwierigkeiten oder gar Hindernisse stößt.

Was die Form des Pachtvertrages betrifft, so ist folgendes zu sagen. Im H.G.B. ist eine Formvorschrift für derartige Verträge nicht gegeben, so daß nach Art. 2 E.H.G.B. auf die Bestimmungen des B.G.B. zurückgegriffen werden muß. Danach gilt das Prinzip der Vertrags- und Form-Freiheit, so daß für die Verträge eine bestimmte Formvorschrift nicht besteht.[19] Da heute immer mehr die Auffassung durchdringt, daß das Handelsgeschäft als übertragbare Unternehmungsorganisation einen eigenen Vermögenswert darstellt, der eine selbständige rechtliche Erfassung verdient, so nimmt es nicht weiter Wunder, wenn man, an die Forderung eines Registerpfandrechts anknüpfend, das Handelsgeschäft in einem Unternehmensregister verkörpern will.[20] Die Geschäftsverpachtung würde dann an eine Registereintragung gebunden sein. Die Durchführung des Publizitätsprinzips wäre hier notwendig, um betrügerischen Machenschaften des Unternehmers — beispielsweise der Inhaber verpfändet die Unternehmung als solche und verpachtet sie hinterher — nach Möglichkeit vorzubeugen. So weit halten wir aber heute noch nicht, denn nur in ihren einzelnen Teilen kann die Unternehmung zurzeit verpachtet werden.

§ 311 B.G.B., demzufolge „ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen . . . der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf“, ist im vorliegenden Falle nicht anwendbar. Es handelt sich hier, sofern mit dem Handelsgeschäft, wie es wohl regelmäßig geschieht, auch Handelsvermögen

19) Vgl. Enneccerus II, 1 § 251, 2 + § 252; Cosack I S. 195; Staudinger Anm. I, 2 zu § 175.
20) Vgl. Oppikofer S. 147/48.

mit übertragen werden soll, nicht um die Verpflichtung zur Uebertragung eines Vermögens, wie wir gesehen haben, sondern um die Ueberlassung desselben zum Gebrauch und zum Genuß der Früchte. Aber auch davon abgesehen, wird das gesamte Vermögen des Einzelkaufmanns selten mit dem Teil des Vermögens, der im Handelsgeschäft enthalten ist, identisch sein. In den meisten Fällen wird es sich bei der Verpachtung eines Handelsgeschäfts nicht um das gesamte Vermögen des Kaufmanns handeln.[21]

Pachtverträge über Handelsgeschäfte sind aber für beide Parteien von so hoher Bedeutung, werden meist für längere Dauer abgeschlossen und enthalten gewöhnlich so viele Einzelheiten, daß wohl höchst selten ein solcher Vertrag mündlich zustande kommt; Schriftform erscheint daher als das tatsächlich Regelmäßige.

Häufig wird sich ein solcher Pachtvertrag auch auf Grundstücke beziehen, so beispielsweise auf Lagerplätze, Geschäftsräume, etc.; in diesen Fällen kommt § 581, II B.G.B. in Verbindung mit § 566 B.G.B. zur Anwendung, wonach der Pachtvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der schriftlichen Form bedarf. Treten zu einem solchen schriftlich abgeschlossenen Pachtvertrag wesentliche mündliche Abreden, die neben demselben gelten sollten, aber nicht in den schriftlichen Vertrag aufgenommen worden sind, so wird der ganze schriftliche Vertrag als hinfällig und als für unbestimmte Zeit abgeschlossen anzusehen sein.[22]

Erwähnt sei noch § 1822, IV B.G.B., demzufolge der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wenn er einen Pachtvertrag über einen gewerblichen Betrieb, und damit über ein Handelsgeschäft, im Interesse des Mündels abschließen will.

Den Vertragsparteien ist es natürlich anheimgestellt, welche Gegenstände sie in den Pachtvertrag aufnehmen wollen, inwieweit der Pächter die Aktiva, inwieweit er die Passiva übernehmen will. Diese Abmachungen im Pachtvertrage sind allerdings nur für das Innenverhältnis zwischen dem Pächter und dem Verpächter maßgebend; das Verhältnis zu Dritten wird ausschließlich durch die §§ 25, 26 H.G.B. gesetzlich bestimmt.[23] Sind in den Vertrag Gegenstände versehentlich nicht aufgenommen worden, — die Parteien haben die betr. Gegenstände zur Zeit

---

21) Vgl. Staub I, S. 161; vgl. auch Enneccerus I, 2 S. 78 Anm. 3; Isay (das R.a.U.) S. 145 ff.

22) Vgl. Warneyer (BGB.) I, 2, Anm. 3 § 566. Pisko bei Ehrenberg S. 234 ((. . . fehlt — die Schriftform —, so ist der ganze Vertrag ungültig, wenn der Uebergang des Unternehmens auf den Pächter ohne gleichzeitigen Uebergang des Grundstücks tatsächlich nicht möglich ist.)

23) Hierüber ausführlicher weiter unten.

des Vertragsabschlusses aus Vergeßlichkeit nicht berücksichtigt — so sind sie im Zweifel als mitverpachtet anzusehen. Jedenfalls ist dem Pächter mindestens so viel an Sachen und Rechten zu überlassen, als er damit Herr der Organisation wird.

Da bekanntlich hierzu, zumal in unserem Zeitalter der Maschine und der Industrie, tote Sachwerte und Rechte allein nicht ausreichen, sondern ein gut funktionierendes Schaltsystem von Kräften aller Art als Betriebsgrundlage notwendig ist, so muß in diesem Zusammenhang auf die menschliche Arbeitskraft als Rechtsgut mit Nachdruck hingewiesen werden.[24] Es lassen sich bei weitem nicht alle diesbezüglichen Fragen mit Hilfe der §§ 611 B.G.B. ff. lösen, und auch die Frage der Uebertragbarkeit der Rechte auf Dienstleistungen kann zurzeit weder im absolut bejahenden noch verneinenden Sinne beantwortet werden. Die Eigenart des einzelnen Falles muß da den Ausschlag geben. Bei Beurteilung desselben sollte jedoch stets beachtet werden, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft dem Betriebe und nicht seine Person dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt, wie es — unterstützt durch formellrechtliche Erscheinungen — zunächst den Anschein hat. Es liegt also bei genauerer Betrachtung gar kein Grund vor, den Arbeitsvertrag seitens des Arbeitnehmers durch den Pachtvertrag über die Unternehmung für aufgelöst anzusehen; auf die Lage des Arbeitsmarktes kann man, ihrer Veränderlichkeit wegen, die Entscheidung nicht abstellen.

Zwar ist im Zweifel der Anspruch auf die Dienste nicht übertragbar (§ 613 B.G.B.), doch wird in diesem Fall der Anspruch als auf den Pächter übergegangen anzusehen sein,[25] sofern nicht das berechtigte Verlangen des Angestellten zu berücksichtigen ist, gerade unter dem bisherigen Chef zu arbeiten; so kann denn auch aus diesem Grunde vor allem ein Lehrlingsverhältnis infolge Abschlusses eines Pachtvertrages über das Handelsgeschäft gelöst werden. Das Gesetz schließt jedenfalls die Zulässigkeit der Uebertragung derartiger Ansprüche an sich nicht aus. Es ist damit Raum genug für die Rechtsentwicklung gegeben, die heute einer Lockerung der persönlich-obligatorischen Bindung Arbeitgeber-Arbeitnehmer zustrebt und den Arbeitnehmer dafür in ein engeres Verhältnis zur Unternehmung bringt.[26]

---

24) Welche soziale Bedeutung heute die Arbeitskraft erlangt hat und welche Stellung sie im Rechtsleben einnimmt, geht schon daraus zur Genüge hervor, daß sich eine eigene Rechtsdisziplin um sie gebildet hat.

25) Es wird diesem auch meist — mag das Angebot von Arbeitskräften groß oder klein sein — sehr viel daran gelegen sein, im Betriebe schon eingearbeitete Leute zu beschäftigen.

Eine besondere wichtige Rolle spielt die Uebertragung immaterieller Rechtsgüter vom Verpächter auf den Pächter. Es ist hierbei vor allem an das eingetragene Warenzeichen und an das gesetzlich geschützte Patent zu denken. Bei der Uebertragung dieser Rechte unterscheidet man erstens den abstrakten Ubertragungsvertrag gemäß § 413 B.G.B. und zweitens das demselben zugrunde liegende materielle Rechtsgeschäft.[27] Beide Rechtsgeschäfte werden aber in praxi regelmäßig miteinander verbunden, und die Unterscheidung gewinnt nur dann im Einzelfall Bedeutung, wenn das Kausalgeschäft nichtig ist. In diesem Falle würde dem Veräußerer ein Anspruch aus § 812 B.G.B. zustehen; denn der Erwerber wäre ohne rechtlichen Grund Patentinhaber geworden, so daß ihm gemäß § 4 Pat. G. die entsprechenden Befugnisse zustehen würden. Geht aber nun mit der Verpachtung eines Handelsgeschäfts das Warenzeichen- oder Patentrecht ohne weiteres auf den Pächter über? Ist dieser nun allein Träger jener absoluten Rechte, stehen diese Rechte dem Verpächter nicht mehr zu, oder aber verbleiben sie dem Verpächter, und hat der Pächter nur einen Anspruch auf Ueberlassung zum Gebrauch und zur Verwertung?

Bei Beantwortung dieser Frage wollen wir zunächst von der Registereintragung jener Immaterial-Güterrechte auf den Namen des Verpächters als des Geschäftsinhabers ausgehen. In erster Linie ist an die §§ 7 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen und 6 des Patentgesetzes zu erinnern, in denen die Uebertragungsmöglichkeit ausdrücklich ausgesprochen ist. Es ist jedoch in beiden Gesetzen hervorgehoben, daß die Rechtsänderung zu ihrer Wirksamkeit Dritten gegenüber der Eintragung in die Zeichenrolle bezw. Patentrolle bedarf. Gesetzlich würde es demnach zulässig sein, daß das eingetragene Warenzeichen im Falle der Geschäftsverpachtung vom Verpächter auf den Pächter übergeht. Da die Unternehmensorganisation diesem aber nur auf eine bestimmte Zeit überlassen werden soll, so wird man annehmen können, daß beim Fehlen besonderer Parteivereinbarungen dem Pächter nur ein Benutzungsrecht vom Verpächter eingeräumt wird, daß also ein obligatorischer Lizenzvertrag abgeschlossen ist.[28] Und das entspricht am ehesten dem Sinn eines solchen Vertrages und dürfte eine Auslegung sein,

---

26) Vgl. Titze (im Handb. d. ges. HR. II, 2) S. 700, 888. Hier wird zwar nur die rechtliche Lage im Falle der Veräußerung besprochen, doch werden die Ausführungen auch bei der Verpachtung zutreffen; vgl. Staub I, 1 § 70 Anm. 27; Hueck S. 67; Oppikofer S. 129/30, nebst Anmerkungen; vgl. Rosenstock S. 24 ff.

27) Vgl. Seligsohn (Pat.Ges. zu § 6 Anm. 3); Kisch S. 209 ff.

28) Vgl. Finger Anm. 3 f. zu § 7.

wie es „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern“.[29] Denn der Pächter soll und will als solcher nur die Rechte erhalten, die ihm die Fortführung des Geschäftes während der Pachtzeit ermöglichen. Und wer räumt dem Vertragsgegner mehr Rechte ein, als dies zur gehörigen Vertragserfüllung unbedingt erforderlich ist? Beim Verkauf eines Handelsgeschäftes wird man den Willen, Immaterial-Güterrechte auf den Käufer zu übertragen, annehmen können, weil nach Erfüllung dieses Rechtsgeschäftes von seiten beider Teile rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer nicht mehr bestehen. Hier ist die Lage eben eine andere. Bleibt der Verpächter Träger des Zeichenrechts und ist der Pächter auf ein Benutzungsrecht beschränkt, so hat dieser gegenüber dem ersteren nur einen diesbezüglichen obligatorischen Anspruch: der Verpächter allein ist dann befugt, Dritten gegenüber seine Schutzrechte und Schadenersatzansprüche geltend zu machen, und der Pächter muß sich damit begnügen, denselben zur Aufrechterhaltung des vertragsmäßigen Zustandes anzuhalten. Etwas anderes ist es natürlich, wenn der Pächter bevollmächtigt ist, Rechte gegen Dritte für den Verpächter wahrzunehmen; er tut dies dann aber nur im fremden Namen. Wie es nun vorkommen kann, daß der Verpächter dem Pächter eine zur Unternehmung gehörige Sache verkauft und übereignet, so kann es auch aufgrund besonderer ausdrücklicher Parteivereinbarung geschehen, daß das Warenzeichenrecht vollinhaltlich auf den Pächter übertragen wird. Aber keineswegs dürfte sich die Ansicht[30] halten lassen, daß der Pächter durch den Vertrag deshalb ohne weiteres Zeichenrechtsinhaber im Sinne der §§ 1, 12 W.Z.G. geworden ist, weil dieses Recht so eng mit der Unternehmung als solcher verknüpft ist, daß es sich „von der Persönlichkeit ablösen und dem Unternehmen einfügen kann.“[31] Die Unternehmung kommt nach geltendem Recht als Träger des Warenzeichenrechtes und der Immaterialgüterrechte nicht in Betracht. Das Zeichenrecht kann nur natürlichen oder juristischen Personen zustehen, die dann auch Uebertragungsbefugnis haben.[32] Unleugbar jedoch war Kohler mit seiner obenerwähnten Auffassung den wissenschaftlichen Anschauungen seiner Zeit weit voraus, indem er, vom § 7 W.Z.G. ausgehend, das Zeichen als etwas mehr mit dem Geschäft, als mit dessen Inhaber Verbundenes betrachtet.[33]

29) § 157 BGB.
30) Vgl. Kohler S. 64 ff.
31) Vgl. abweichend Seuff. Arch. 63/373.
32) Vgl. Kisch S. 1, 141; Finger Anm. 1 § 1; Pisko bei Ehrenb. S. 210.
33) Vgl. Kohler ebendort („bei Veräußerung des Geschäftes kann das Zeichen mit übergehen, sowohl bei der völligen, als bei der partiellen Veräußerung zu Nießbrauch oder Pacht“).

Heute nun wird dieser Meinung besondere Beachtung geschenkt und man geht daran, die Immaterial-Güterrechte als „Zubehör" zur Unternehmung zu konstruieren.[34] Denn bei aller Verbundenheit mit dieser steht letzten Endes die Verfügung über diese Rechte einer bestimmten Person zu, und der Unternehmer ist durchaus in der Lage, den Uebergang derselben bei der Veräußerung der Unternehmung auszuschließen.[35] Hier haben wir zugleich ein treffendes Beispiel dafür, wie wirtschaftlich Untrennbares dennoch gezwungen ist, ein rechtliches Sonderdasein zu führen. Der erweiterte Zubehörbegriff würde in der Tat eine brauchbare Brücke bilden; er läßt dann die Selbständigkeit der einzelnen Sachen und Rechte unberührt, stellt jedoch insofern eine Verbindung zwischen Hauptsache und Zubehör her, als die Rechtsgeschäfte über die Hauptsache (die Unternehmung) sich auch gewöhnlich auf die Zubehörgegenstände beziehen. Damit wäre Kohler's Standpunkt noch keineswegs eingenommen: Wenn also beispielsweise der Pächter ein Warenzeichen auf seinen Namen eintragen läßt, so bleibt er zunächst Träger dieses Rechts auch im Falle der Rückübertragung des Geschäftes; er wird nur in der Regel verpflichtet sein, das Recht dann an den Verpächter abzutreten. Bei Kohler „verbindet sich das Zeichen sofort mit dem Geschäft und verbleibt dem Geschäft auch dann ,wenn das Recht des Pächters . . . aufhört, und der Eigentümer wieder in das Geschäft eintritt". Ob die Gesetzgebung einmal so weit gehen wird, bleibt abzuwarten.

Auf das Patentrecht treffen die oben gemachten Ausführungen im wesentlichen gleichfalls zu. Ein obligatorischer Lizenzvertrag[36] wird mit der Verpachtung der Unternehmung gewöhnlich abgeschlossen werden; doch ist im Patentrecht — gleichfalls kraft besonderer Vereinbarung — der Abschluß eines sogenannten dinglichen Lizenzvertrages möglich.[37] Derselbe gewährt dem Pächter dann weitgehende Benutzungsrechte, und zwar im Falle einer ausschließlichen Lizenz die Befugnis, selbständig bei Patentrechtsverletzungen gegen Dritte klagbar vorzugehen und gegebenenfalls Strafanträge zu stellen.[38] Der Verpächter bleibt aber dabei Träger dieses Rechtes. In Pachtverträgen über Handelsgeschäfte, die vornehmlich die Aus-

---

34) Vgl. Oppikofer S. 120 ff.

35) O. widerspricht sich selbst, wenn er auf Seite 12 zu den Bestandteilen eines Unternehmens Sachenrechte, Immaterialgüterrechte usw. rechnet und dann auf S. 120 den Zubehörbegriff anwendet. M. E. wäre hier der — allerdings erweiterte — Zubehörbegriff am Platze.

36) Die Vorschriften über den Pacht-, Gesellschaftsvertrag . . . ., nach Lage des einzelnen Falles anwendbar, vgl. Damme und Lutter S. 487.

37) Er ist nach Kisch (S. 221) „ein dinglicher Verfügungsakt, der Zession entsprechend"; vgl. auch Isay (Patentgesetz) Anm. 9 zu § 6, Damme u. Lutter S. 491.

38) Vgl. Kisch S. 222; RGSt. 11/36 ff.

deutung von Erfindungen zum Gegenstande haben und von längerer Dauer sind, dürfte eine solche dingliche Lizenz eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Denn die Zwitterstellung des Lizenznehmers ist dazu in hohem Maße geeignet.

Ist das Warenzeichen- bezw. Patentrecht für die Firma der Unternehmung eingetragen, so ist bei der Verpachtung derselben zu bedenken, daß die Fortführung der bisherigen Firma durch den Pächter oft erfolgt, oft aber auch unterbleibt (vgl. § 22 H.G.B.). Es ist in diesem Sonderfall der Eintragung für die Firma die Ansicht geäußert worden, das betreffende Immaterial-Güterrecht stehe ohne weiteres dem jeweiligen Firmeninhaber zu;[39] wird also das Geschäft verpachtet, und führt der Pächter dank ausdrücklicher Einwilligung des Verpächters die Firma fort, so sei mit dieser von selbst das genannte Recht übergegangen. Nach dieser Ansicht würde die Firmeninhaberschaft Trägerin von Immaterialgüterrechten sein, eine Lösung, die aus ähnlichen Gründen wie sie oben[40] angeführt wurden, als unbefriedigend abzulehnen ist. Es wäre auch geradezu verkehrsfeindlich, wenn derartige bedeutungsvolle Rechte ohne Abschluß eines entsprechenden besonderen Rechtsgeschäftes lediglich infolge enger Verbundenheit mit der Firma[41] fast automatisch von einem zum anderen übergehen sollten.[42] Wenn ein solches Recht für die Firma eines Geschäftes erworben und eingetragen wird, so steht es dem nach dem Zeitpunkt des Erwerbes bestimmbaren Firmeninhaber zu; ob dieser es auf einen anderen überträgt, hängt von seinem Willen ab. Die Ueberlassung des Firmenrechtes ist vielleicht für die Willensrichtung aufschlußgebend, spielt aber sonst keine Rolle. Ueberdies würde die hier abgelehnte Auffassung auch den in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen (§ 7 W.Z.G., § 6 Pat.G. „Uebertragung durch Vertrag") nicht gerecht werden.

Darf der Pächter die Firma fortführen, so wird es Tatfrage sein, ob zwischen den Beteiligten ein obligatorischer oder gar dinglicher Lizenzvertrag als abgeschlossen anzunehmen ist. Es gelten diesbezüglich die gewöhnlichen Regeln.[43] Die Uebertragung der ge-

---

39) Vgl. Finger Anm. 3 b zu § 7.
40) Vgl. S. 19 der Arbeit.
41) Abgesehen von dem Verwachsensein mit der Unternehmung überhaupt.
42) Der Uebergangsvermerk in der Zeichen- bezw. Patentrolle ist ohne Einfluß auf den Erwerb des Rechtes. Der Eintrag genießt keinen öffentlichen Glauben; die wahren Inhaberverhältnisse gehen aus der Rolle nicht mit Sicherheit hervor. Man kann also nicht den Hinweis darauf, daß im Falle der Eintragung für die Firma die Zeichen- bezw. Patentrolle sehr oft unrichtig ist, zur Unterstützung dieser Ansicht heranziehen. Vgl. Seligsohn Warenzeichenrecht S. 125), der Klage auf Feststellung des wahren Trägers des Zeichenrechtes gewährt; vgl. auch Kisch S. 284 ff., Damme u. Lutter S. 483 ff.
43) Vgl. Soergel BGB. I, Anm. 1 zu § 133, Anm. 1, 2 zu § 157; Staudinger I, Anm. 2—4, § 133, Anm. 4, 5 zu § 157.

nannten absoluten Rechte bedarf jedenfalls besonderer Vereinbarung.[44]

Schließt der Verpächter die Fortführung der Firma aus, so wird, falls das Zeichen der Firma entlehnt ist, auch nicht einmal ein obligatorischer Lizenzvertrag als abgeschlossen zu gelten haben.[45]

D. Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts und die Bestimmungen des HGB.

Wollte man einem so wichtigen wirtschaftlichen Vorgang wie dem der Verpachtung eines Handelsgeschäftes gesetzgeberisch Rechnung tragen, so mußte man ihn vor allem zu einem Grundpfeiler des Handelsrechts, zum Firmenrechte, in Beziehung bringen. § 22 H.G.B. regelt den Fall der Fortführung der bisherigen Firma eines Handelsgeschäfts sowohl bei seiner Veräußerung als auch bei Uebernahme desselben „auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses".[1]

Wir haben daher im folgenden die Voraussetzungen sowie die Art und Weise der Fortführung der Firma zu untersuchen.

Die Möglichkeit, die bisherige Firma fortzuführen, ist für den Pächter nur dann gegeben, wenn der Verpächter eine solche zu führen überhaupt berechtigt ist. Zur Führung einer Firma sind nur Vollkaufleute[2] berechtigt. Dies gilt für Kaufleute im Sinne des § 1 H.G.B. auch dann, wenn ihre Firma im Handelsregister nicht eingetragen ist. In diesem Fall ist die Möglichkeit ohne weiteres

---

44) Vgl. Kent Anm. 9 zu § 6; Anm. 534, 535, zu § 4.

45) Aehnlich Seligsohn (Warenzeichenrecht) S. 118.

1) § 22 HGB. lautet: Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im § 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt.

Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung.

2) Zum Kaufmannsbegriff sei vor allem auf § 1 HGB. verwiesen, der bestimmt, daß „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt". Damit ist gesagt, daß ein jedes rechtsfähige Rechtsgebilde (Staub I, § 1 Anm. 4), natürliche wie auch juristische Personen diesem Begriff untergeordnet werden können. Diese Personen müssen ein Handelsgewerbe betreiben; es muß sich um einen Gewerbebetrieb handeln, der beispielsweise die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren zum Gegenstand hat (§ 1, II HGB.). Auch gewerbliche Unternehmungen, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, gelten unter Umständen als Handelsgewerbe (vergl. § 2, aber auch § 3 HGB.). Doch zum Kaufmannsbegriff gehört notwendig auch das bestimmende Tätigkeitswort: Das Handelsgeschäft muß „betrieben" werden, d. h. es müssen im Rahmen der Unternehmung Geschäfte getätigt werden, und dies muß im Namen des Geschäftsinhabers geschehen.

dessen Firmeneintragung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden kann (§ 14 H.G.B.) sowie ein Kaufmann nach § 3 H.G.B., der „berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Han-
gegeben, die Firma fortzuführen.[3] Ein Kaufmann nach § 2 H.G.B.,
delsregister herbeizuführen,“ führen ihre Firmen erst mit der Eintragung, so daß erst von diesem Zeitpunkt an von einer Fortführung der Firma die Rede sein kann.[4] Bei dem sogenannten Minderkaufmann (§ 4 H.G.B.) finden die Vorschriften über die Firma keine Anwendung; er kann keine Firma führen, und somit kann die Verpachtung seines Geschäfts nicht die Fortführung einer Firma zur Folge haben. Der Pächter eines solchen Geschäftes kann auch nicht, wenn unter seiner Leitung der Geschäftsbetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht und die Voraussetzungen einer Vollkaufmannseigenschaft erfüllt sind, den Namen, unter dem der Verpächter das Geschäft geführt hat, als Firma eintragen lassen. Er bringt eine Firma zur Entstehung, die ihm ursprünglich zusteht, und die er je nach Art des gewerblichen Unternehmens in das Handelsregister eintragen lassen muß oder kann. Ist nun dennoch eine Firma des Minderkaufmanns im Handelsregister eingetragen, so würde beim Pächter hinsichtlich der Fortführung der zu Unrecht eingetragenen Firma § 5 H.G.B. in gleicher Weise Anwendung finden wie beim Verpächter: Der Pächter, dessen Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist, ist zwar kein Vollkaufmann, gilt aber doch in privatrechtlicher Hinsicht als solcher für das unter der Firma betriebene Gewerbe für die Dauer der Eintragung.[5]

Im § 22 H.G.B. wird ferner für die Uebernahme der Firma ein „bestehendes“ Handelsgeschäft gefordert. Von einem solchen kann man nur sprechen, wenn die Beziehungen zur Kundschaft, zur Geschäftswelt, überhaupt die ganze Organisation und der Betrieb als Energiequelle jederzeit ihrer unmittelbaren Bestimmung zugeführt werden können. Wiederum wird ein Geschäft auch dann noch bestehen, wenn der Geschäftsgang eine zeitlang eine Unterbrechung erleidet. „Erst wenn die Grundlagen des Geschäfts zerstört sind, kann man sagen, das Geschäft bestehe nicht mehr.“[6] In der erwähnten Forderung, die der Gesetzgeber aufstellt, liegt eine notwendige Uebereinstimmung mit § 23 H.G.B., demzufolge „die Firma nicht

---

3) Vgl. Staub I, Anm. 1, 2 zu § 22; Düringer-Hachenburg I, § 22, II 1 b.

4) Vgl. Staub, Düringer-Hachenburg ebendort.

5) Das Registergericht hat von Amtswegen die Pflicht, eine derartige unrichtige Eintragung zu löschen. (§ 142 FGG.) Vgl. Staub I, Anm. 3, zu § 22; Düringer-Hachenberg I, § 22 II 1 b.

6) Vgl. Staub I Anm. 5 zu § 22; Lehmann-Ring, Anm. 4 zu § 22 RGStr. 25/77. Auch Liquidation wie Konkurs des Geschäfts stehen der Anwendung des § 22 HGB. nicht entgegen. Vgl. RG. 29/70.

ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden kann“. Andernfalls könnte ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Handelsgeschäft, das den Betrieb zwar vollkommen eingestellt hat, was aber nach außen hin nicht deutlich erkennbar ist,[7] als „Mantel“ für die Fortführung der betr. Firma dienen. Damit aber wäre § 23 H.G.B. illusorisch gemacht. Dies würde auch für den entsprechenden Fall zutreffen, in dem jemand nur zu dem Zweck Büroräume mietet und Waren angeschafft hat, um sie dann mit seiner Geschäftsbezeichnung als Firma zu verpachten.[8]

Schließlich muß nach § 22 H.G.B. zum Gebrauch der bisherigen Firma die Bewilligung des bisherigen Geschäftsinhabers, die ausdrücklich erklärt werden muß,[9] vorliegen. Darin liegt die Bewilligung zu einer Namensführung, die nicht etwa als eine Verfügung über einen Vermögensgegenstand zu betrachten ist.[10] Dies bedeutet, daß im Falle des Konkurses der Gemeinschuldner-Verpächter und nicht der Konkursverwalter die Bewilligung des § 22 H.G.B. erteilt.[11]

Der Zeitpunkt der Bewilligung wird regelmäßig der des Pachtabschlusses sein; Eine vor diesem Termin erteilte Bewilligung ist ohne rechtliche Wirkung, weil die Firma ohne das Geschäft einem anderen auch nicht zeitweise zum Gebrauch überlassen werden kann.[12] Nach Abschluß des Pachtvertrages bleibt dieselbe so lange möglich, als der Verpächter noch Inhaber des Firmenrechts ist.

Die Berechtigung, die Firma fortzuführen,[13] wird oft zugleich auch eine Pflicht des Pächters enthalten.[14]

Diese Verpflichtung kann durch eine besondere Vereinbarung zwischen Pächter und Verpächter begründet werden und wirkt dann nur zwischen diesen beiden. Vom Register-Richter kann die Fortführung nicht erzwungen werden.[15]

Wie ist nun aber die Rechtslage, wenn die Parteien beim Abschluß des Pachtvertrages eine Vereinbarung über die Fortführung der Firma überhaupt nicht getroffen haben?

7) Geschäftsräume, Plakate, einige Warenvorräte sind z. B. noch vorhanden.
8) Vgl. Düringer-Hachenburg I, Anm. 2 c zu § 22.
9) Sie muß also nach außen erkennbar sein und klar in Erscheinung treten; ein einfaches Gewährenlassen dürfte hier nicht ausreichend sein. Vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 7 zu § 22.
10) Vgl. Lehmann S. 114 ff.
11) Vgl. Seuff. Arch. 69/107, RG. JW. 1902/95; RG. 58/169; vgl. auch Jahrb. KG. 39 A/108, Jäger I, Anm. 7 § 1.
12) Vgl. § 23 HGB.
13) Erfolgt die Zustimmung des Verpächters, führt aber der Pächter zunächst eine andere Firma, so kann er nachher nicht die ursprüngliche Firma weiterführen. Diese Firma ist dann durch Nichtgebrauch erloschen.
14) Friedländer S. 200; vgl. OLG. R. 41/193 ff.; Opet (in Goldschm. Zeitschr. Bd. 49) S. 120 ff. Pisko bei Ehrenberg II, 1 S. 307.
15) Vgl. Staub I Anm. 9 zu § 22.

Die Beantwortung dieser Frage richtet sich danach, ob die Firmen-Fortführung oder -Nichtfortführung bei der Verpachtung einer Unternehmung ein „essentiale" des Geschäftes oder ein Teil des Vertrages ist, dessen Regelung überhaupt im freien Belieben der Parteien steht, und weiterhin gegebenenfalls danach, ob die Parteien diesen Vertragspunkt als wesentlich oder unwesentlich ansehen.[16]

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß der Charakter eines essentiale im vorliegenden Fall grundsätzlich verneint werden muß, denn es läßt sich keine Gesetzesstelle finden, die eine vertragliche Uebereinkunft über die Firmenfortführung zur Voraussetzung der Wirksamkeit eines solchen Pachtvertrages macht. Es geht, im Gegenteil, aus dem Wortlaut des § 22 H.G.B. hervor, daß den Vertragsparteien die Entscheidung völlig frei steht. Das Erfordernis der ausdrücklichen Einwilligung des Verpächters bedeutet nur eine Besonderheit für den Fall der Vereinbarung, daß die Firma fortgeführt werden soll; die Willenserklärung des einen Vertragsteils muß dann eine bestimmte Eigenart aufweisen. Es bedeutet aber nicht ohne weiteres, daß — stillschweigend vereinbart — die Firmenfortführung unterbleiben soll, wenn gepflogene Verhandlungen ein Ergebnis über diese Frage nicht aufweisen (§§ 133, 157 B.G.B.).

Erachten die Parteien diesen Vertragspunkt als wesentlich, vergaßen sie eine Regelung über ihn zu schaffen, so wird der ganze Pachtvertrag als nichtig anzusehen sein. (§ 155 B.G.B.). Haben sie über diesen Punkt ausführlich verhandelt, ohne jedoch zu einer Einigung zu gelangen, so wird nach Maßgabe des § 154 B.G.B. der Vertrag als nicht geschlossen zu gelten haben.[17]

Wollte man hingegen das Zustandekommen des Vertrages an diesem Punkt nicht scheitern lassen, so ist dieser, soweit eine Klärung der übrigen Fragen herbeigeführt ist, als wirksam zu betrachten. Dann ist das Handelsgeschäft verpachtet, und zwar ohne Fortführung der bisherigen Firma durch den Pächter.[18]

Gewöhnlich wird eine Einigung der Parteien beim Vertragsschluß über diese an sich wichtige Frage vorliegen. Ist nun die Bewilligung seitens des Verpächters erfolgt, so darf der Pächter die Firma fortführen. Dieser hat dann die Aenderung der Firmeninhaberschaft nach Maßgabe des § 31 HGB. zur Eintragung in das

---

16) Vgl. Staudinger I Anm. 3 zu § 154, Anm. 3 zu § 155.

17) Hier genügt es, wenn nur die eine Partei diesen Punkt für wesentlich hält. Vgl. Staudinger ebendort.

18) Vgl. Staudinger I, Anm. 1 zu § 154 Anm. 1, 2 a, 3, zu § 155.

Handelsregister anzumelden. Der Verpächter wird sogar ein Interesse an der Anmeldung haben, da er gemäß § 15 HGB. im Falle der Nichteintragung die vom Pächter getätigten Abschlüsse gegen sich gelten lassen müßte, d. h., sofern der Dritte von der Verpachtung nichts wußte. Andererseits ist es dem Verpächter verwehrt, während der Pachtzeit die Firma, deren Gebrauch jetzt nur dem Pächter zusteht, zu führen. Aufgrund des § 37 HGB. kann widrigenfalls der Register-Richter gegen den Verpächter einschreiten und Ordnungsstrafen androhen.

Weiter kann der Pächter vom Verpächter die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Auch die Vorschriften der §§ 823 ff BGB. 1 und 16 U.W.G. geben dem Pächter Mittel in die Hand, das erworbene Firmenrecht ungestört zu benutzen und sich für Beeinträchtigungen schadlos zu halten:[19]

Es ist dem Pächter freigestellt, „die Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortzuführen“. Wählt er einen Zusatz, beispielsweise das Wörtchen „Nachf.“ mit oder ohne seinen Namen, so könnte hierdurch leicht ein Irrtum erregt werden.[20] Man könnte annehmen, das Geschäft sei ein für allemal verkauft und vom Pächter etwa als Käufer übernommen worden. Es wird daher wohl verlangt werden können, daß der Pächter hierbei das Pachtverhältnis zum Ausdruck bringt.[21] Eine solche Firma würde wohl oft einen etwas umständlichen Wortlaut haben; dies allein würde aber den rechtlichen Erfordernissen, insbesondere dem § 22 II HGB., der von einer „entsprechenden Anwendung“ des ersten Absatzes spricht, gerecht werden.

Eine besondere Regelung erfahren in diesem Falle (nach § 22,1 HGB.) die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Hier liegt u. a. die Gefahr nahe, daß juristische Personen des Handelsrechtes, denen in der Mehrzahl eine beschränkte Haftung eigen ist, aus Gründen ds Kredits die Täuschung einer unbeschränkten Haftung dadurch hervorrufen können, daß sie das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder einer O.H.G. pachten. Es würde dann mit dieser bisherigen Firma, wenn der Pächter dieselbe ohne einen Zusatz fortführen würde, der Schein erweckt werden, es handele sich nicht um eine juristische Person. Dem schiebt § 22,2 HGB. einen Riegel vor. Er bestimmt, „die Verpflichtung einer A.-G. oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die in § 20 HGB. vorgeschriebene

19) Vgl. Pisko bei Ehrenberg S. 217 ff.
20) § 18, II HGB.
21) Vgl. Schönewald S. 25.

Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt". Pachtet demnach eine A.-G. (oder Kommanditgesellschaft auf Aktien) das Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns, so kann die Firma desselben weitergeführt werden, aber nur in der Form, daß sie durch Satzungsänderung der juristischen Person als eine einheitliche Firma mit der Bezeichnung A.G. besteht. Außerdem wird auch das Pachtverhältnis zum Ausdruck gelangen müssen oder aber der betreffenden Firma (A.-G., G.m.b.H., Kommanditges. a. A.) wird die neue Firma mit einem entsprechenden das Pachtverhältnis ausdrückenden Zusatz hinzugefügt.[22] Auch für den Fall, daß ein Einzelkaufmann ein Handelsgeschäft pachtet, dessen Inhaber eine juristische Person ist, ist die angeführte Vorschrift zu beachten.

Wie jede Aenderung der Firmeninhaberschaft während der Pachtzeit zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist, so ist es auch die Aenderung, die dadurch hervorgerufen ist, daß das Handelsgeschäft vom Pächter auf den Verpächter zurückübertragen wurde.[23] Denn mit der Zurückübertragung des Geschäfts steht dem Verpächter das Firmenrecht wieder zu. Diesen Standpunkt nehmen in der Literatur allerdings nicht alle Schriftsteller ein. Hoeniger[24] ist im besonderen der Meinung, daß das Geschäft und die Firma „bei Pachtende ipso jure an den Verpächter zurückfällt". Warum, ist nicht recht einzusehen. Pachtverträge gehen nicht auf Eigentumsübertragungen, das Geschäft muß doch und kann auch nur in derselben Weise dem Verpächter wieder eingeräumt werden, wie es bei der Verpachtung dem Pächter gegenüber geschah. Wenn demnach der Pächter über die Vertragszeit hinaus Geschäft und Firma weiterführt, so können Dritte — und insbesondere das Register-Gericht — ihm nichts anhaben. Es besteht auch kein Bedürfnis, eine derartige rechtliche Wirkung anzunehmen. Allein dem Verpächter gegenüber besteht ein Vertragsbruch, der zu einem Vorgehen gegen den Pächter berechtigt.

H. führt in jener Abhandlung u. a. noch aus, daß das Firmenrecht des Verpächters während der Pachtzeit nur als „ruhend oder latent" zu bezeichnen sei; er stützt sich dabei auf eine Kammergerichtsentscheidung.[25]

---

22) Vgl. Staub I Anm. 12 zu § 22, Düringer-H. I Anm. 12 zu § 22.
23) Vgl. Staub I, Anm. 18 zu § 22..
24) In Festsch. für O. LenelS. 10 ff.
25) KG. v. 19. 10. 1912 in OLG. R. 27/301. Hoeniger legt m. E. diese Entscheidung falsch aus. Man könnte hier nicht von einem ruhenden Firmenrecht des Verpächters, sondern nur von einem solchen des Pächters sprechen. In der Entscheidung heißt es sogar wörtlich, daß „der Verpächter, der sich des Firmenrechts auf Zeit begeben hat, es seinerseits während dieser Zeit im geschäftlichen Verkehr nicht ausüben darf." Vom Pächter ist gesagt, daß sein Firmenrecht insofern ruhend ist, als

Dieser Ansicht H.'s wird man aber nicht beitreten können; denn wie der Name im allgemeinen zu dem Zwecke besteht und von der Rechtsordnug anerkannt ist, damit er gebraucht wird und etwas Lebendiges verkörpert, das zur Außenwelt in mannigfache Beziehungen tritt, so auch im besonderen „der Name, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt". Das „ruhende Firmenrecht" ist ein Widerspruch in sich selbst; es läßt sich auch außerdem schwerlich eine gesetzliche Bestimmung nachweisen, aus der es hergeleitet werden kann. So wird man auch nicht mit H. die Folgerung ziehen können, daß dem Verpächter im Falle des Firmen-Mißbrauchs durch Dritte unter Umständen, d. h. wenn der Pächter die Rechte der Firma nicht genügend wahrt, ein selbständiges Klagerecht nach § 37, II HGB. gegeben werden müsse.[26] Die von H. aufgestellte Lehrmeinung ist demnach als unhaltbar zu bezeichnen.

Wir haben bei der Frage: „Verpachtung eines Handelsgeschäfts und Firmenrecht" nur den Fall eingehend erörtert, der im § 22 HGB. seine Regelung gefunden hat: Die Fortführung der bisherigen Firma durch den Pächter.

Es soll jedoch in diesem Zusammenhange zum Schluß noch eine Form der Firmenführung hinsichtlich einer Geschäfts-Verpachtung ausdrücklich erwähnt werden. Es besteht die Möglichkeit, daß der Pächter eines Handelsgeschäfts für dasselbe eine andere Firma wählt als die bisherige. Gesetzlich steht dem nichts entgegen. Jedoch wird in den meisten Fällen dem Verpächter wie auch dem Pächter viel daran gelegen sein, die bisherige Firma, mit der ein bestimmter Kundenkreis und vor allem der Ruf der Unternehmung verbunden ist, fortzuführen und dies vertraglich festzulegen.[27] Führt dann dessenungeachtet der Pächter eine neue Firma, so wird man hierin unter Umständen eine Vertragsverletzung seitens desselben erblicken können, die gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichtet.[28]

An anderer Stelle ist schon darauf hingewiesen worden, daß die Persönlichkeit des Unternehmers einen Hauptanteil am Geschäftsgang hat, daß er es ist, der der Unternehmung ein bestimmtes

er die ihm eingeräumte Befugnis, die Firma zu führen, nicht ausübt." Zum Schutze des Verpächters bleibt trotz Nichtausübung das Firmenrecht an sich erhalten, und zwar für die Zeit der Pacht in den Händen des Pächters.

26) Vgl. Pisko bei Ehrenberg S. 310. („der Pächter führt die von der Firma des Verpächters abgeleitete Firma als seine Firma nicht etwa auf Grund einer firmenrechtlichen Lizenz.")

27) Vgl. S. 25 der Arbeit.

28) Lehmann-Ring, I, Nr. 8 c zu § 22 HGB.

dieses subjektiven Momentes in der Unternehmensorganisation hat die Rechtsordnung, ohne daß sie den neuzeitlichen Begriff des Gepräge nach innen und nach außen verleiht.[29] Der Bedeutung Unternehmens in sich aufgenommen hat, insofern Rechnung getragen, als der altüberlieferte Kaufmannsbegriff auch in das geltende HGB. an erster Stelle Eingang gefunden hat. Beim Unternehmer liegt schließlich die Entscheidung über sein Geschäft, er kann es veräußern oder verpachten; dabei wird er sich aber nicht immer im klaren darüber sein, daß mit solchen Rechtsgeschäften Folgen hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft verbunden sind.

Verpachtet ein Kaufmann im Sinne des § 1 HGB. sein Handelsgeschäft, ohne daß der Pächter die bisherige Firma übernimmt, so wird dieser ohne weiteres Kaufmann. Der Pächter wird es dagegen erst mit der Eintragung seiner Firma ins Handelsregister, sofern es sich um ein gewerbliches Unternehmen nach §§ 2 oder 3 HGB. handelt.

Erst mit der Eintragung ins Handelsregister gilt das gewerbliche Unternehmen als Handelsgewerbe im Sinne des HGB. und damit der, der ein Handelsgewerbe betreibt, als Kaufmann. Der Verpächter hingegen hört mit dem Zeitpunkt der Verpachtung auf, Kaufmann zu sein, da er ja das Handelsgewerbe nicht mehr „betreibt".

Läuft die Pachtzeit ab oder führt aus einem anderen Grunde vorzeitig wieder der Verpächter das Geschäft, so ist dieser ohne weiteres Kaufmann, soweit es sich, wie schon oben entsprechend bemerkt, um ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB. handelt. Liegen die Voraussetzungen dieses § nicht vor, so erhält der Verpächter erst mit der Eintragung *seiner* Firma in das Handelsregister wieder Kaufmanns-Eigenschaft.[30] Dies gilt auch für den Fall, wo während der Pachtzeit das Handelsgewerbe nicht mehr wie ursprünglich einen Gewerbebetrieb im Sinne des § 1, II HGB. darstellt, sondern zu einem solchen geworden ist, der, um handelsrechtlich als voll zu gelten, der Eintragung ins Handels-Register bedarf. Hier muß gleichwohl der Verpächter, will er wieder als Vollkaufmann gelten, seine Firma zur Eintragung bringen; vor der Verpachtung hat er dies nicht nötig gehabt. Als eine weitere Folge des Rückerwerbes sei auch erwähnt, daß aus denselben Gründen wie oben der Verpächter, hier der Pächter aufhört, Kaufmann zu sein.

29) Vgl. Oppikofer S. 9 ff.
30) Auch hier muß es sich um ein Handelsgewerbe nach den §§ 2, 3 HGB. handeln.

Führt nun der Pächter nach Uebernahme des Geschäftes gemäß § 22 HGB. die bisherige Firma weiter, so finden wir zunächst dasselbe Bild wie oben: Der Verpächter hört auf, Kaufmann zu sein, da er kein Handelsgewerbe mehr betreibt und Geschäfte unter seinem Namen nicht mehr geschlossen werden, der Pächter ist — liegt ein Handelsgewerbe nach § 1, II HGB. vor — ohne weiteres Kaufmann geworden.

War der Verpächter zur Zeit der Verpachtung Kaufmann kraft Eintragung im Handelsregister (die §§ 2,3 HGB.), so ist in diesem Falle der Pächter ebenfalls Kaufmann, da ja die Firma bereits eingetragen ist. Wird das Geschäft wieder auf den Verpächter zurückübertragen, so hört der Pächter auf, Kaufmann zu sein, und der alte Inhaber ist es wieder, und zwar auf jeden Fall: Die Formvorschriften der §§ 2, 3 HGB. sind gewahrt, die im Handelsregister eingetragene Firma ist wieder s e i n e Firma geworden.[31]

War Höniger[32] schon in der Frage des Firmenrechts der Ansicht, daß im Falle der Verpachtung eines Handelsgeschäfts das Firmenrecht des Verpächters während der Pachtzeit nicht erloschen sei, sondern nur als ein ruhendes bezeichnet werden könnte, so spricht er in diesem Zusammenhange von einer „ruhenden oder latenten Kaufmanns-Eigenschaft" des Verpächters. Unter Berufung auf die Entscheidung des K.G. vom 26. 11. 09. (Jahrb. 39 A 109) führt er aus, daß das „die Rötung des Eintrages des Verpächters diesen Eintrag nicht völlig gegenstandslos mache." Der Verpächter sei auch nach der Verpachtung immer noch „Beteiligter" im Register-Verfahren, denn er habe die Bewilligung zur Löschung des Pächters im Handelsregister zu erteilen. Als ob die „Beteiligung" im Registerverfahren mit der Kaufmanns-Eigenschaft des Verpächters etwas zu tun hätte! Diese „Beteiligung", die Erteilung des Löschungs-Konsenses bezüglich der Eintragung des Pächters ist nicht kennzeichnend für eine bestimmte rechtliche Eigenschaft des Verpächters, ist nicht Ausfluß dieser Eigenschaft, sondern dient nur der Innehaltung der Paragraphen 29, 31 HGB.: Mit Beendigung des Pachtverhältnisses ist der frühere Zustand des Registers wieder herzustellen. „Die Löschung kann nicht ohne gleichzeitige Wiedereintragung des Verpächters vorgenommen werden, denn ein Zustand des Registers, nach welchem es bezüglich einer eingetragenen Firma keine Auskunft darüber gibt, wer der In-

---

31) Vgl. zu dieser Frage Staub I zu § 1, Anm. 15, 25.
32) Seite 12 ff.

haber ist, kann nach dem Zweck des Registers auch nicht vorübergehend zugelassen werden."[33]

Wenn in dieser Hinsicht von einem „Beteiligtsein" des Verpächters im Register-Verfahren die Rede sein kann, so hat doch das mit einem Fortbestehen seiner Kaufmanns-Eigenschaft nichts zu tun. Ebensowenig wird man eine ruhende Kaufmanns-Eigenschaft des Verpächters darin erblicken können, daß bei der Erfüllung des Pachtvertrages entstehende Rechte und Pflichten in Bestimmungen des HGB. ihre Regelung finden. Ein derartiger Pachtvertrag stellt ein beiderseitiges Handelsgeschäft dar, auf welches gemäß Artikel 2 E.H. GB. die handelsrechtlichen Vorschriften Anwendung finden. So sind hier §§ 346, 347, 348 maßgebend. Hat zum Beispiel der Verpächter im Falle der Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung eines Vertragspunktes eine Vertragsstrafe versprochen, so ist eine Herabsetzung, wie sie im § 343 BGB. vorgesehen ist, hier ausgeschlossen. Diese Wirkungen treten kraft Gesetzes ein, ohne Rücksicht auf eine fortdauernde oder fortfallende Kaufmanns-Eigenschaft des Verpächters. Er ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch Kaufmann, er muß es in diesem Zeitpunkt sogar sein, um diese Eigenschaft dann mit dem Abschluß dieses letzten Geschäftes zu verlieren.[34]

Im Anschluß hieran untersucht Hoeniger den Fall, daß eine offene Handelsgesellschaft Gegenstand des Pachtvertrages ist und kommt auch hier zu dem nämlichen Ergebnis. Seiner Meinung nach bleibt die O.H.G. auch nach Abschluß des Pachtvertrages als eine ruhende bestehen und damit auch ihre Kaufmanns-Eigenschaft.

Zur Begründung seiner Ansicht führt er nahezu dieselben Gründe an, wie oben: Consens des Verpächters zur Löschung des Pächters, Möglichkeit klagbaren Vorgehens gegen Dritte bei deren widerrechtlichem Eingriff in die Rechtssphäre der O.H.G. und Anwendung der handelsgesetzlichen Vorschriften auf das Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter. Dem ist hier neben anderem schon Ausgeführten § 105 HGB. entgegenzuhalten, der eine OHG. nur dann bestehen läßt, wenn es sich um eine „Gesellschaft" handelt, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist." Abweichend von Düringer-Hachenburg[35] dürfte zur Lebensfähigkeit einer OHG. sowohl der

33) Vgl. OLG. Rechtspr. (Mugdan) Bd. 21/373.

34) Dies gilt jedoch nur im Hinblick auf das in Frage stehende Handelsgeschäft; der Verpächter kann daneben aus anderen Gründen Kaufmann sein, bezw. es bald darauf wieder werden; z. B. er betreibt mehrere selbständige Geschäfte oder hat neben seinem Exportgeschäft noch eine Agentur inne.

35) Vgl. Anm. 11 zu § 105.

„Zweck" als auch der „Betrieb", auf den er sich erstrecken soll, in gleichem Maße notwendig sein.[36] Mit der Verpachtung einer OHG. jedoch hört der Betrieb des Handelsgewerbes auf, der Zweck hat seine Richtung verloren, die OHG. ist nicht mehr Kaufmann. Pisko[37] meint, daß hiermit die OHG. aufgelöst ist. Das führt zu der Folgerung, daß sich die ehemalige OHG. in eine OHG. in Liquidation verwandeln würde,, deren Zweck in der Abwickelung der noch schwebenden Angelegenheiten, in der Auseinandersetzung zwischen den einzelnen Gesellschaftern hinsichtlich des Geschäftsvermögens besteht. Da aber die OHG. nur verpachtet werden soll, die Gesellschafter nach Ablauf der Pachtzeit wieder das Handelsgewerbe unter der gemeinschaftlichen Firma betreiben wollen, müssen sie nun zunächst eine Gesellschaft im Sinne des BGB. gründen, auf die das Vermögen der OHG. i. L. zu übertragen wäre, und dann wäre der Zweck der neugegründeten Gesellschaft derselbe wieder der OHG. i. L. Pisko würde mit diesem Ergebnis den tatsächlichen Verhältnissen und vor allem dem Willen der Gesellschafter nicht gerecht werden.[38]

Will man dies aber, so bleibt als einzige Möglichkeit im Falle der Verpachtung einer OHG. die unmittelbare Umwandlung derselben in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzunehmen. Die ihr Geschäft verpachtenden Gesellschafter wollen nicht seine Auflösung, im Gegenteil, sie wollen sein Fortbestehen, wollen durch die Verpachtung ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 HGB. abschließen.[39] Mit Abschluß des Pachtvertrages verliert die OHG. ihren Charakter als solche, die Voraussetzungen des § 105 HGB. sind nicht mehr erfüllt, der Zweck der Gesellschaft, der auf den Betrieb des Handelsgewerbes gerichtet war, ist fortgefallen, der Betrieb selbst ist eingestellt, Aber trotzdem bleibt noch eine Gesellschaft im Sinne des BGB. Der Gesellschaftsvertrag, der bis jetzt für die Gesellschafter der OHG. bindend war, gilt für die Gesellschafter im Sinne der §§ 705 ff. BGB. zunächst weiter. Da die bürgerlichrechtlichen Vorschriften bei der Regelung der internen Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Gesellschaftern denselben hinsichtlich des Gesellschafts-Vertrages freie Hand lassen, so liegt es im freien Ermessen der Gesellschafter der ehemaligen OHG., die Statuten abzuändern oder bestehen zu lassen.[40]

---

36) Vgl. Staub Anm. 11 a zu § 105.
37) Vgl. Pisko bei Ehrenberg S. 234 Anm. 11.
38) Vgl. hierzu Düringer-Hachenburg IV. Anm. 5 zu Vorbem. zu § 131 HGH.
39) Wie sie schon eine ganze Reihe derartiger Geschäfte abgeschlossen haben und auch noch nach Zurückübertragung vom Pächter — abschließen werden.
40) Vgl. Düringer-Hachenburg IV, Anm. 5 zu Vorbem. zu § 131.

Von wesentlich anderen Gesichtspunkten ist die uns hier beschäftigende Frage im Hinblick auf juristische Personen des Handelsrechts, im besonderen auf Aktien-Gesellschaften, zu beurteilen und zu beantworten.

Eine AG. gilt nach § 210 HGB. Abs. 2 auch dann als Handelsgesellschaft, wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Diese Vorschrift in Verbindung mit § 6 HGB. weist darauf hin, daß die A.G. wie auch die G.m.b.H. und andere juristische Personen ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Unternehmung zu Kaufleuten erklärt sind. Sie sind „Kaufleute kraft Rechtsform".[41] Verpachtet eine A.G. ihren Betrieb, so liegt darin nicht nur eine Satzungsänderung, wozu ein General-Versammlnugs-Beschluß notwendig ist, sondern es wird auch in den meisten Fällen eine Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung vorliegen.[42]

In diesem Fall ist nach § 275, II HGB. eine qualifizierte Mehrheit bei dem betreffenden Generalversammlungs-Beschluß erforderlich. Immerhin aber bleibt die A.G. trotz der Betriebsverpachtung in ihrer Rechtspersönlichkeit unverändert und als Kaufmann weiter bestehen.[43] Wird auch kein Handelsgewerbe mehr betrieben, ist die Aktiengesellschaft auch nur noch eine „Verpachtungs-Gesellschaft",[44] sie ist immer noch Kaufmann kraft Rechtsform.

Inwieweit nun die Geschäftsverpachtung von dem Uebergange der Forderungen und Verbindlichkeiten begleitet ist, ist — verständlicherweise — eine Frage von besonderer Wichtigkeit. Der Gesetzgeber hat sich zu der entsprechenden im Falle der Geschäftsveräußerung durchaus nicht im bejahenden Sinne ohne Einschränkungen gestellt, hat vielmehr im § 25 HGB. die Fortführung der Firma als maßgebenden Gesichtspunkt bekundet. Er sieht im Geschäft offenbar etwas anderes als das Geschäftsvermögen, und dies kann auch als beweiskräftige Unterlage für unsere Ansicht dienen, daß das Handelsgeschäft durch seine übertragbare Organisation zu bestimmen ist.

§ 25 HGB. spricht von einem „unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäft", sodaß zunächst einmal überhaupt erst geprüft werden muß, ob diese Vorschrift auch für ein verpachtetes Handelsgeschäft gilt. Dies wird nach dem Sinn des § 25 HGB. wohl zu be-

---

41) Vgl. Staub I, Anm. 1, 2 zu § 6, Anm. 14 zu § 210.
42) Vgl. Staub, II, Anm. 3 zu § 275, Friedländer S. 192.
43) Vgl. Rudolf Fischer bei Ehrenberg III, 1 S. 41; Ehrenberg (dortselbst II, 1 S. 106.
44) Vgl. Hoeninger S. 14 ff.

jahen sein.[45] Denn die vorliegenden Bestimmungen sind zum Zwecke der Verkehrssicherheit geschaffen worden, indem beispielsweise bei Fortführung der bisherigen Firma einem Dritten nicht zugemutet werden kann, daß er den Wechsel der Inhaberschaft ohne weiteres gegen sich gelten lassen muß. Ohne diese Regelung bestände zweifellos eine Verkehrsunsicherheit, und zwar nicht nur bei dem „Erwerb“ eines Handelsgeschäftes, wie es in dem genannten Paragraphen ausgedrückt ist, sondern auch bei einer Verpachtung desselben. Hier würden im Vekehrsleben dieselben Schwierigkeiten entstehen können, wie bei einem „Erwerb“. Einer entsprechenden Anwendung des § 25 HGB. auch auf die Verpachtung eines Handelsgeschäfts dürfte daher nichts im Wege stehen.[46] Eine verkehrsfremde Auslegung wäre es, wenn man unter Hinweis auf den § 22, II HGB. sagen wollte, gerade, weil hier ausdrücklich die Vorschrift auch bei einem Pachtvertrage entsprechende Anwendung findet, wäre die analoge Anwendung im § 25 HGB., wo hiervon nicht die Rede ist, ausgeschlossen.

Im § 25, I HGB. ist zunächst bestimmt, daß derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes bezw. gepachtetes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolge-Verhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet. Es liegt hiernach eine gesetzliche Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme) seitens des Pächters vor, und die Gläubiger des Geschäftes können im gegebenen Fall sowohl gegen den Verpächter als auch gegen den Pächter vorgehen. Beide schulden ihm als Gesamtschuldner kraft Gesetzes.[47] Staub widerspricht dieser Bezeichnung „kumulative Schuldübernahme“ und hält eine kumulative Haftungsübernahme hier für richtig. Er ist der Ansicht, daß durch die Mithaftung gemäß § 25 der Uebernehmer nicht Gesamtschuldner wird, fügt aber dann hinzu, daß das Verhältnis in den Hauptbeziehungen Aehnlichkeit mit der Gesamtschuld hat, ja, daß sogar eine Anzahl der Sätze von der Schuldübernahme auf das vorliegende Verhältnis anzuwenden sind. Der Unterschied zwischen diesen Meinungen ist demnach nicht groß und erlangt jedenfalls keine praktische Bedeutung. Die §§ 421 ff BGB. dürften hier Anwendung finden, d. h. die Erfüllung durch den Verpächter wirkt auch für den Pächter, und umgekehrt gilt das gleiche auch

45) Vgl. Lehmann (Lehrb.) S. 119.
46) Vgl. Pisko bei Ehrenberg II, S. 250 ff., Staub I, Anm. 1 a zu § 25.
47) Vgl. Reichel S. 101 ff. RG. 19/253, RG. JW. 1899 S. 440. Müller-Erzbach I, S. 54.

hinsichtlich der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und — in gewissem Sinne — auch der Aufrechnung. Hier ist noch die Besonderheit hervorzuheben, daß der Pächter nur mit einer Forderung des Verpächters gegen eine Forderung aufrechnen kann, wenn jene gemäß § 25, I, 1 HGB. als auf den Pächter übergegangen gilt; denn anderenfalls würde der Pächter über fremdes Vermögen verfügen. Staub[48] läßt nur „auf Grund besonderer Abrede oder eigenartiger Sachlage" die Anwendung des § 421 BGB. (gewöhnlicher Gesamtschuldner) gelten. Die Ausgleichung des Pächters und des Verpächters untereinander (§ 426 BGB.) wird sich nach dem Pachtvertrage richten. In demselben wird allermeist näher bestimmt sein, wer die Passiva zu tragen hat. Befriedigt eine der Vertragsparteien den bezw. die Gläubiger, so werden zur Ausgleichung die Forderungen derselben auf sie übergehen.[49] Im übrigen kann der Pächter ganz nach Maßgabe des § 417 BGB. die Einwendungen dem Gläubiger entgegensetzen, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Verpächter ergeben. Die analoge Anwendung des § 417, 2, BGB. erfährt in der Literatur eine besondere Begründung dahin, daß nicht der Uebernahmewille des Pächters diesen für die bereits bestehenden Verbindlichkeiten haften läßt, sondern die Tatsache, daß bei Fortführung des Handelsgeschäftes unter der alten Firma die Verbindlichkeiten kraft Gesetzes übergehen.

Während im Falle des § 417, II BGB. immerhin die Einrede durchgreift, der Uebernahmevertrag sei ungültig, wird diese Einrede in vorliegendem Falle nicht mit Erfolg vorgebracht werden können.[50]

Selbst bei Fortführung der bisherigen Firma mit oder ohne einen Nachfolgezusatz kann aber die Haftung des Pächters für die bisher entstandenen Verbindlichkeiten ausgeschlossen werden, und zwar ist dazu entweder eine entsprechende Eintragung ins Handelsregister oder Mitteilung den hierfür in Frage kommenden Dritten gegenüber erforderlich.

Was nun den Umfang der Haftung des Pächters betrifft, so spricht das Gesetz im § 25, I HGB. ausdrücklich von „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten". Es soll damit einmal gesagt werden, daß sämtliche Privatverbindlichkeiten des Verpächters auszuschalten sind, dann aber auch, daß nur die Schulden

---

48) Vgl. Staub Anm. 9 zu § 25.
49) Soweit würde Staub nicht gehen, da er nur eine Haftungsübernahme annimmt.
50) Vgl. Staub Anm. 10 zu § 25.

aus diesem Handelsgeschäft (bei Bestehen mehrerer selbständiger nebeneinander) auf den Pächter übergehen. Der Praxis entnommen, ist dieser Begriff nicht zu eng auszulegen; er umfaßt vielmehr auch die Verbindlichkeiten, deren Bestehen dem Verpächter selbst unbekannt sind.[51]

Anders steht es jedoch mit der Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten eines Handelsgeschäftes, wenn die Firma vom Pächter nicht fortgeführt wird (§ 25 III HGB.) Der Pächter haftet in diesem Falle nur dann, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. Dieser Verpflichtungsgrund muß nach Maßgabe einer gesetzlichen Vorschrift bestehen;[25] er muß auf einem Rechtsgeschäft beruhen, das den Gläubigern gegenüber wirksam ist. Das beweisen auch die Worte „insbesondere, wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist."

Als ein solcher besonderer Verpflichtungsgrund ist der Fall des § 415 BGB. anzusehen. Die Schuldübernahme durch den Pächter bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der betreffenden Gläubiger. Genehmigen diese den Schuldübernahme-Vertrag, so scheidet der Verpächter aus der Haftung aus, und der Pächter tritt an dessen Stelle.

Auch in der Weise ist die Uebernahme der Verbindlichkeiten durch den Pächter denkbar, daß dieser mit dem Verpächter einen Vertrag dahingehend schließt, daß er die Geschäftsgläubiger befriedigt und dieselben unmittelbar das Recht erwerben sollen, vom Pächter die Leistung zu fordern. (§ 328 BGB.) Hierbei ist aber auch § 329 BGB. zu beachten: Bei einer Erfüllungsübernahme seitens des Pächters dem Verpächter gegenüber, ohne daß also die Schuld übernommen wird, erwerben die Gläubiger nicht unmittelbar das Recht, vom Pächter die betreffenden Leistungen zu fordern.

In diesem Zusammenhang sei an den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages gedacht, demzufolge sich der Pächter den Geschäftsgläubigern gegenüber verpflichtet, für die bisherigen Verbindlichkeiten einzustehen.

Schließlich sei noch der in der Praxis seltener vorkommende Fall erwähnt, in welchem die pachtweise Uebernahme eines Handelsgeschäfts — wohlgemerkt, ohne daß die bisherige Firma weitergeführt wird — die Uebernahme eines Vermögens darstellt.

Gemäß § 419 BGB. haftet dann der Pächter neben dem Ver-

51) RG. 17/98.
52) Vgl. Staub I, Anm. 24 zu § 25.

pächter für die auf dem Geschäft lastenden Verbindlichkeiten, aber nur, soweit das übernommene Vermögen hierzu ausreicht.[53]

Als einen besonderen Verpflichtungsgrund hebt das Gesetz die Bekanntmachung von der Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise durch den Erwerber (Pächter) hervor. Es dürfte in diesem Falle nicht genügen, daß die Uebernahme des Geschäftes bekannt gemacht wird, vielmehr muß in handelsüblicher Weise, d. h. entweder durch Veröffentlichung in hierfür einschlägigen Zeitungen oder durch Rundschreiben an die Geschäftsgläubiger[54] oder auch durch Eintragung in das Handelsregister die Uebernahme der Verbindlichkeiten kundgetan werden.[55]

Aus dem darauf folgenden § 26 HGB. geht mit Deutlichkeit hervor, daß bei der Uebernahme der Verbindlichkeiten durch den Pächter mittels Bekanntmachung in handelsüblicher Weise dann nicht nur der Pächter, sondern neben diesem auch noch der Verpächter den Geschäftsgläubigern gegenüber haftet. Nur ist nach § 26 HGB., der auch den Fall der Fortführung der bisherigen Firma in diesem Zusammenhange berücksichtigt, die Haftung des Verpächters auf 5 Jahre beschränkt, „falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt."

Der Beginn der Verjährung ist im zweiten Absatz des angeführten Paragraphen näher bestimmt.

Auch für das Gegenstück, den Uebergang der im Betrieb des Geschäfts entstandenen Forderungen des Verpächters auf den Pächter ist im § 25 HGB. eine Regelung getroffen. Die Geschäftsschuldner müssen wissen, — das erfordert die Verkehrssicherheit — an wenn sie ohne Gefahr zu zahlen haben. Maßgebend ist nun hierfür die Bestimmung, daß „die in dem Betrieb begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen gelten, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben." Die Forderungen gelten als übergegangen, d. h. den Geschäftsschuldnern gegenüber sind die Forderungen als auf den Pächter übergegangen anzusehen. Willigt der Verpächter bezw. dessen Erben in die Fortführung der bisherigen Firma ein, dann können nicht nur die Schuldner an den Pächter zahlen, sondern sie müssen es sogar tun. Allerdings ist hierbei Voraussetzung, daß sie vom Inhaberwechsel Mitteilung erhalten haben,

53) Vgl. Friedländer S. 52, der § 419 BGB. hier nicht für unbedingt anwendbar hält, da hier nur Teile eines Vermögens, wenn auch in sich geschlossene Einheiten, übergehen.

54) Dabei ist es unerheblich, wenn dieser oder jener Geschäftsgläubiger das Rundschreiben nicht erhalten hat. Vgl. Staub I, Anm. 27 zu § 25.

55) Vgl. Müller-Erzbach I, S. 94, Düringer-Hachenburg I; VI, 2 b, bb zu § 25.

daß diese Tatsache zur handelsgerichtlichen Eintragung gelangt ist und ihnen bekannt gemacht wurde. Zahlen sie dann trotzdem an den Verpächter, so laufen sie Gefahr, noch einmal dem Pächter zahlen zu müssen, es sei denn, daß ihnen § 15, II HGB. zur Seite steht. Ist den Schuldnern die Verpachtung nicht ordnungmäßig bekannt gemacht, so können sie durch Zahlung an den Verpächter von ihrer Verbindlichkeit befreit werden; die §§ 407 ff. BGB. greifen hier Platz. Auch hier muß wieder betont werden, daß der Uebergang der Forderungen vom Verpächter auf den Pächter kraft Gesetzes bei Einwilligung des Verpächters in die Fortführung der Firma nur Dritten gegenüber gilt; er gilt nicht im Verhältnis von Verpächter zu Pächter. Hierzu würde es einer ausdrücklichen Pachtvertragsklausel bedürfen. Sollen dem Pächter trotz Fortführung der Firma die bisher aus dem Geschäftsbetrieb entstandenen Forderungen nicht zustehen, so muß dies aus einer Eintragung im Handelsregister hervorgehen oder in einer anderen handelsüblichen Weise Dritten bekannt gemacht werden.

Die Regelung hinsichtlich der Uebernahme der Forderungen, sowie der Mithaftung für die bisher entstandenen Verbindlichkeiten, wie sie im § 25 HGB. getroffen ist, genügt für den Fall des Erwerbes, für die Uebergabe des Geschäfts in andere Hände, ohne bei diesem Rechtsakt den Willen des späteren Rückerwerbes zu besitzen und kund zu tun. Sie genügt aber nicht für den Fall der Verpachtung: hierüber schweigt das Gesetz. Es bleibt die Frage offen, ob nun auch der Verpächter, wenn die Pachtzeit abgelaufen ist, und das Handelsgeschäft wieder an den Verpächter zurückübertragen ist, derselbe sowohl für die während der Pachtzeit begründeten Verbindlichkeiten einzustehen hat, als auch entsprechende Forderungen, die dem Pächter zustanden, im eigenen Namen geltend machen kann; d. h. ob die betreffenden Forderungen auf ihn übergegangen sind. Berücksichtigt man, daß bei dem Rückerwerb des Geschäftes seitens des Verpächters im Grunde genommen das Geschäft nicht unter „der bisherigen Firma fortgeführt", vielmehr nur der frühere Zustand wiederhergestellt und hiermit nicht nach außen der Wille kundgetan wird, für die bisherigen Verbindlichkeiten einzustehen, so wird man eine Uebernahme der während der Pachtdauer entstandenen Geschäftsschulden vom Pächter auf den Verpächter nicht annehmen können.[56] Es ist dann nur eine entsprechende Folgerung, wenn die betreffenden Forderungen auch weiter-

56) Vgl. Düringer-Hachenburg I, VII, 2 c aa zu § 25 vergl. die gesamten Materialien z. d. Reichsjustizgesetzen VI Seite 218 ff. Anderer Meinung Staub I, Anm. 18 zu § 22.

hin dem Pächter zustehen und nicht mit dem Rückerwerb als auf den Verpächter übergegangen gelten.

Von einer Einwilligung in die Fortführung der Firma von seiten des Pächters oder dessen Erben kann nicht gesprochen werden, da dieses Verfügungsrecht eben nur dem ursprünglichen Geschäftsinhaber zusteht. § 25 I HGB. ist hier analog nicht anwendbar.

Soweit das geltende Recht. Die Entwicklung aber geht bekanntlich immer mehr auf die Großmachtstellung der Unternehmung auch in der Rechtsordnung hinaus; das überlieferte, heute noch als maßgebend anerkannte römisch-romanistische Prinzip vom streng persönlichen Schuldverhältnis dürfte morgen durch das neuzeitliche ersetzt werden, das das in dem Geschäftsbetrieb entstandene Schuldverhältnis zur Unternehmung und nicht zum Unternehmer in enge Verbindung bringt. Oppikofers erweiterter Zubehörbegriff taucht hier wieder auf.[57] Ansätze zu dieser Anschauung sind schon zur Genüge vorhanden, man denke nur an den § 151, II VVG., wo der Uebergang der sich aus dem Haftpflichtversicherungsvertrage ergebenden Rechte und Pflichten mit dem Unternehmen auf den neuen Unternehmer gesetzlich statuiert ist, an den Fall der Uebernahme des Geschäftes mit Aktiva und Passiva durch einen der beiden Gesellschafter einer OHG. (§ 142 HGB.) oder an die Verstaatlichung bezw. Fusion von Aktiengesellschaften (§§ 304, 306 HGB.).[58] Der Verpächter würde dann wahrscheinlich nicht, wie es heute der Fall ist, neben dem Pächter fünf Jahre hindurch den Gläubigern haftbar sein; doch würden diese für den Fortfall der Haftung des Verpächters dadurch entschädigt werden, daß ihnen in erster Linie die Unternehmung als solche, der Wert der Unternehmungsorganisation als Zugriffsobjekt zur Verfügung steht. Denn die Unternehmung bildet sich immer mehr zu einem neuen Sachbegriff aus, der im Rechtssystem, speziell im Sachenrecht, äußerst wichtige Funktionen wird erfüllen müssen. Es würde sich über der Pfänd- und Verpfändbarkeit der die Unternehmung bildenden einzelnen Sachen und Rechte diejenige der Unternehmungsorganisation selbst erheben; für das so starke Kreditbedürfnis in unseren Tagen wäre das die Eröffnung weitgehender Möglichkeiten.[59] Die in einem öffentlichen Register eingetragene Unternehmung würde beliehen werden können, Unternehmungshypotheken würden entstehen, und der mit einer bestimmten Unternehmung in geschäftliche Beziehun-

57) Vgl. Oppikofer S. 123 ff.
58) Vgl. Staub I, 2 Anm. 7 z. § 304 Anm. 13 zu § 306.
59) Vgl. Oppikofer S. 141 ff.

gen tretende Dritte würde dann eine weit größere Sicherheit für seine Forderung haben, als vordem, wo er nur die einzelnen Sachen und Rechte der schuldnerischen Firma mit Beschlag belegen konnte.

E. Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts und die Bestimmungen des BGB.

Unsere Untersuchung bedarf zu ihrer Vervollständigung noch der genaueren Erörterung der grundlegenden hierfür in Betracht kommenden bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen. Gehen wir auf die Vorschriften über die Pacht (§ 581 ff. BGB.) näher ein, so gewinnen wir ein Bild von der rechtlichen Stellung des Verpächters zum Pächter, vom Innenverhältnis, das für die uns beschäftigenden Fragen von größter Bedeutung ist. Es sei hier besonders darauf hingewiesen, daß in erster Linie der zwischen Pächter und Verpächter geschlossene Vertrag für die Rechte und Pflichten beider Parteien maßgebend ist, und daß erst ergänzungsweise die gesetzlichen Vorschriften Anwendung finden.

Der Verpächter hat nach § 581 BGB., das stellten wir schon eingangs fest, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes zu gewähren. Soll nun ein Handelsgeschäft dem Pächter zum Gebrauch überlassen werden, so müssen die einzelnen Vermögenswerte, Sachen und Rechte, dem Pächter zur Verfügung gestellt werden: er muß in den Besitz der Waren eingewiesen werden; an Warenzeichen und Patentrechten ist ihm eine Lizenz einzuräumen; der Verpächter hat ihm gegebenenfalls seine Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren, hat ihm die Chancen, die dem Geschäft zur Zeit der Verpachtung offen stehen, zugänglich zu machen, ihn, was besonders wichtig ist, in die bestehenden Geschäftsverbindungen einzuführen. Der Pächter muß, kurz gesagt, in den Stand gesetzt werden, das Geschäft so, wie es sich zur Zeit darstellt, weiterzuführen, die Unternehmung als solche muß ihm auf Zeit überlassen sein.[1] Im Zusammenhang hiermit sei auch auf den § 536 BGB. hingewiesen, der ausdrücklich besagt, daß die Sache (der Gegenstand) in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande dem Mieter (Pächter) zu überlassen und während der Pachtzeit zu erhalten ist. Mangels besonderer vertraglicher Bestimmungen hat der Verpächter auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen dafür Sorge zu tragen, daß die dem Pächter überlassenen Sachen während der Pachtzeit geeignet bleiben, ihrer Bestimmung, nämlich

1) Vgl. Pisko bei Ehrenberg II, 1 S. 221, RG. 55/124 ff.

der Fortführung des Handelsgeschäfts, zu dienen. Der Verpächter hat demnach auf seine Kosten die hierfür notwendigen Reparaturen vorzunehmen.

Hebt ein Fehler, mag er nun zur Zeit der Ueberlassung an den Pächter vorhanden oder später entstanden sein, die Tauglichkeit der Sache (des Gegenstandes) auf, so ist der Pächter für die Zeit der Unbrauchbarkeit der Sache (des Gegenstandes) von der Verpflichtung der Pachtzinszahlung befreit. Ist die Tauglichkeit der verpachteten Sache (des Gegenstandes) nur gemindert, so ermäßigt sich der Pachtzins entsprechend den §§ 472, 473 BGB. Diese Bestimmung gilt auch für den Fall, daß eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Bei alledem ist es auch unerheblich, ob den Verpächter ein Verschulden trifft; er trägt die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Sache (des Gegenstandes). Hier ist noch besonders zu beachten, daß § 537 BGB. nur insoweit bei einer Verpachtung entsprechende Anwendung findet, als die betreffende Sache (der Gegenstand) selbst einen Fehler aufweist.[2] Ist der Fruchtgenuß, den zu gewähren der Verpächter verpflichtet ist, aus Gründen nicht möglich, die außerhalb des Gegenstandes zu suchen sind, so ist der Pächter von der Verpflichtung zur Pachtzinszahlung nicht befreit.

Eine remissio mercedis, ein Nachlaß am Pachtzins in schlechten Jahren, wie er dem römischen Recht eigentümlich war, ist dem Recht des BGB. fremd. Doch steht es den Parteien frei, im Pachtvertrage eine solche Klausel einzufügen. Derartige besondere Vereinbarungen sind dann auch in der Praxis nicht selten.[3] Andererseits kann man dem Verpächter in Zeiten wirtschaftlicher Umwälzungen angesichts eines seiner Zeit für längere Dauer abgeschlossenen Vertrages nicht zumuten, für die Gewährung des Pachtgegenstandes sich mit einem Pachtzins zu begnügen, der in einem auffallenden Mißverhältnis zur bewirkten Leistung steht.

Wo Werte und Preise eine solch außerordentliche Aenderung erfahren, da greift die sogenannte clausula rebus sic stantibus Platz: Dem Verpächter steht der Rücktritt vom Vertrage frei. Dies ist als äußerstes Mittel anzusehen, wenn die Erhöhung des Pacht-

---

2) Vgl. RG. 87/280; 88/98, wo es sich nicht nur um den tatsächlichen Umfang des Fruchtbezuges, für den der Verpächter nicht haftet, handelt, sondern um die Möglichkeit der Fruchtziehung durch den Pachtgegenstand.

3) So vor allem bei Handelsgeschäften, deren Ertragsfähigkeit erheblich von der Witterung abhängt, wie z. B. bei Sommer-Lokalen, Gastwirtschaften, Dampfschiffahrt usw. Vgl. RG. 43/146: „Eine etwaige Minderung des Umsatzes aber und des Fruchtgenußumfanges infolge der von dem Verpächter nicht zu vertretenden polizeilichen Maßnahmen geht zu Lasten des Pächters, weil dadurch die Pachtsache selbst nicht berührt und nicht mit einem Fehler im Sinne des § 537 BGB. behaftet wird."

zinses durch das zuständige Oberpachteinigungsamt einen befriedigenden Ausgleich nicht zu schaffen vermag oder eine Einigung der Parteien vor dieser Behörde überhaupt nicht erzielt werden kann.[4]

Der Pächter kann nicht nur von seinem Recht, die Pachtzinszahlung zu weigern, Gebrauch machen, sondern kann auch wahlweise Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der betreffende Mangel zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits vorhanden war oder im Laufe der Pachtzeit infolge eines Umstandes eingetreten war, den der Verpächter zu vertreten hat. Das Gleiche gilt, wenn der Verpächter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug gerät; im letzteren Fall kann auch der Pächter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. (§ 538, II BGB.)[5] Inwieweit nun der Pächter eines Handelsgeschäfts die obenstehenden Rechte gegen den Verpächter geltend machen kann, hängt davon ab, welchen Wert und welche Bedeutung die betreffenden Gegenstände für den Geschäftsbetrieb haben; insbesondere, welche Quote des Pachtzinses auf derartige dem Gesamtbetrieb eingefügte Gegenstände entfällt.

Der Pächter ist jedoch von der Verpflichtung der Pachtzinszahlung nicht befreit und kann das Recht, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, dann nicht geltend machen, wenn ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses der Mangel bekannt war. (§ 539 BGB.) oder sich im Laufe der Pachtzeit ein Mangel der gepachteten Sache (des Gegenstandes) zeigt, den er dem Verpächter entgegen seiner Verpflichtung nicht unverzüglich angezeigt hat. „Soweit der Verpächter infolge der Unterlassung der Anzeige Abhilfe zu schaffen außerstande war“, stehen dem Pächter die Rechte aus § 537 BGB. eben nicht zur Seite.[6]

Die Haftung des Verpächters aus den §§ 537, 538 BGB. kann durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, abgesehen allerdings von dem Fall, daß der Verpächter den Mangel arglistig verschweigt. (§ 540 BGB.)

Die Vorschriften über die Sachmängel der verpachteten Sache (des Gegenstandes), §§ 537, 538, 539 I, BGB. finden in den Fällen

4) Vgl. Enneccerus I, 2 S. 118 ff. RG. 107/151 ff.; 104/220 RG. in JW. 1924/804, RG. 100/130 ff.; Oertmann in JW. 1921/1512 ff. Bühler in JW. 1921/875 ff., insbesondere S. 877 Anm. 5, Krückmann in JW. 1921/453, Presser in DJZ. 1922/148 ff., Plum in JW. 1922/633 ff. Vgl. auch Staudinger II, 1 Vorbem. V zu § 346, Goldschmidt (Reichswirtschaftsrecht) S. 134 ff. Nußbaum (D. Neue Deutsche Wirtschaftsr.) S. 60 ff.

5) Vgl. Planck II, 2 Anm. 1 und 2 zu § 538.

6) Ist dem Pächter bei Abschluß des Vertrages infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, oder hat er die mangelhafte Sache (Gegenstand) angenommen, obwohl er den Mangel kannte, so kann er die in den §§ 537, 538 näher bezeichneten Rechte nur entsprechend den Vorschriften über den Kauf (§§ 460, 464 BGB.) ausüben (§ 539 BGB.).

entsprechende Anwendung, in denen „durch das Recht eines Dritten dem Pächter der vertragsmäßige Gebrauch der gepachteten Sache (des Gegenstandes) ganz oder zum Teil entzogen wird“.

Die analoge Anwendung der Vorschriften über Haftung für Sachmängel des verpachteten Gegenstandes dürfte auch im Hinblick auf die uns hier beschäftigenden Fragen, auf die Verpachtung eines Handelsgeschäfts, keinen Schwierigkeiten begegnen.[7] Die §§ 542 ff. BGB. gewähren dem Pächter unter bestimmten Voraussetzungen das Recht, das Pachtverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, und zwar dann, wenn dem Pächter der vertragsmäßige Gebrauch der gepachteten Sache (des Gegenstandes) ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Jedoch muß dem Verpächter vorher eine angemessene Frist zur Innehaltung des Vertrages vom Pächter gesetzt werden, die jener unbeachtet hat verstreichen lassen. Auch diese Vorschriften lassen sich hier ohne Schwierigkeiten anwenden. Nur sei noch besonders bemerkt, daß für den Fall der Besitzentziehung, der immerhin sich oft mit dem Fall der Gebrauchsentziehung hinsichtlich des verpachteten Gegenstandes decken dürfte, dem Pächter die Rechte aus den §§ 861 ff. BGB. gegenüber dem Verpächter zur Verfügung stehen. Dieser Besitzanspruch des Pächters wird jedoch in der Praxis eine nicht allzu gewichtige Rolle spielen und in den häufigsten Fällen dem petitorischen Anspruch, weil dieser durchgreifender ist, den Vorrang einräumen.[8]

Von Bedeutung ist das Kündigungsrecht des Pächters, wenn es sich um eine Wohnung oder um einen anderen zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Raum handelt, der so beschaffen ist, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist. (§ 544 BGB.) Man wird dieses Recht dem Pächter nur dann zubilligen können, wenn Gegenstand des Pachtvertrages in der Hauptsache ein Geschäftshaus ist, in dem Angestellte beschäftigt sind, die durch den unhygienischen Zustand der Räume an ihrer Gesundheit Schaden nehmen könnten. Handelt es sich jedoch im Verhältnis zum Ganzen nur um einzelne unbewohnbare Räumlichkeiten, durch deren Nichtbenutzung der Gesamtbetrieb

---

7) Am ehesten kann der Fall des § 1056, II BGB. praktisch werden, wo der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet. Dann finden zwar die §§ 571, 572 entsprechende Anwendung, aber Eigentümer ist berechtigt, das Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Gehört zum verpachteten Handelsgeschäft ein Grundstück, das der Verpächter als Nießbraucher inne hat, so kann, wenn der Eigentümer von dem ihm nach § 1056, II BGB. zustehenden Rechte Gebrauch macht, der Pächter sich nach § 541 an den Verpächter halten. Vgl. auch Planck II, 2 Anm. 1 zu § 541.

8) Vgl. Enneccerus I, § 17, IV, Sohm, Institutionen S. 434 ff.

nicht beeinträchtigt wird, so wird dem Pächter das Kündigungsrecht nach § 544 BGB. zu versagen sein.[9]

Der Pachtvertrag hat für den Verpächter noch die Verpflichtung zum Inhalte, — und hierin liegt bekanntlich gerade der Unterschied zwischen Miete und Pacht — dem Pächter den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren. Daß die Früchte eines Handelsgeschäfts der Reingewinn bildet, den dasselbe abwirft, haben wir schon oben in anderem Zusammenhange gesehen.[10]

Ueber die Miet- und Pachtvorschriften des BGB. hinaus ist schließlich dem Verpächter des Handelsgeschäfts durch den Pachtvertrag noch eine Verpflichtung auferlegt, die weder im Vertrage festgelegt zu werden braucht, noch im Gesetz ausdrücklich Erwähnung gefunden hat, vielmehr sich aus dem Vertrage von selbst ergibt: Die Verpflichtung, alles zu tun, was das Interesse des Pächters am Vertrage aufrecht erhält bezw. alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszweckes seitens des Pächters beeinträchtigen oder gar aufheben würde. Die Literatur und Rechtsprechung[11] hat den Begriff der sogenannten positiven Vertragsverletzung herausgearbeitet und versteht darunter einen „vom Schuldner zu vertretenden Verstoß in der Vertragserfüllung, der sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse des Vertragschließenden also so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil nach den Umständen des Falles bei billiger Beurteilung die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann." Die oben näher bezeichnete Verpflichtung ist, wie schon gesagt, nirgends ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der Tatsache, daß im Falle ihrer Verletzung ganz bestimmte Rechtsfolgen eintreten. Es steht hier wieder einmal die Unternehmensorganisation als selbständiges Rechtsgut, als wichtiger Vertragsbestandteil, in Frage.[12] Eine solche positive Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Verpächter die Geschäftskunden dem Pächter abspenstig macht,[13] insbesondere, wenn er ihm in einer Weise Konkurrenz macht (beispielsweise durch Eröffnung eines zweiten Geschäftes von gleicher Art in unmittelbarer Nähe des verpachteten),[14] daß die

9) Vgl. RG. im „Recht" 1911 Nr. 190.
10) Vgl. S. 14 der Arbeit.
11) Vgl. Staub II, 1 S. 801.
12) Vgl. Oppikofer S. 132 ff.
13) OLG. Mugdan 20/143.
14) Eckstein S. 83.

Kundschaft nach wie vor bei dem Verpächter des ersten, der zugleich Inhaber des neuen Geschäfts ist, ihren Bedarf eindeckt, sodaß der Pächter das Nachsehen hat und unter Umständen seinen Laden schließen kann; oder in dem Fall, wo der Pächter Angestellte übernommen hat, die seit langem in dem Geschäft wirken, mit den Einrichtungen und dem Gang dieses Geschäfts — vor allem mit den Wünschen der Kundschaft — vollkommen vertraut sind, vom Verpächter aber dann für seine geschäftlichen Pläne und Zwecke „ausgemietet" werden. Ein solches Verhalten des Verpächters, das dem Pächter in vielen Fällen einen außerordentlich großen Schaden bedeuten kann, stellt eine positive Vertragsverletzung dar.[15] Die Unterordnung dieses Begriffes unter bestimmte schuldrechtliche Vorschriften ist allenthalben Schwierigkeiten begegnet. Während das Reichsgericht bei Fällen der positiven Vertragsverletzung von § 276 BGB. ausgeht und aus ihm die Verpflichtung des vertragsuntreuen Teils herleitet, dem vertragstreuen Gegner für derartige Vertragsverletzungen ersatzpflichtig zu sein,[16] beruft sich Staub in erster Linie auf § 326, I BGB.[17] Da die positive Vertragsverletzung, um mit Planck[18] zu sprechen, „in der Nicht- oder nicht rechtzeitigen Erfüllung primärer vertraglicher Pflichten bestimmten Inhalts" besteht, insbesondere auch die Nebenverpflichtungen in gleicher Weise umfaßt, wird man nach Lage des einzelnen Falles die §§ 276, 280, 286, 325, 326 BGB. zur Anwendung bringen können. Bei gegenseitigen Verträgen finden hier die §§ 325, 326 BGB. entsprechende Anwendung, und nur hier spielt „die Gefährdung des Vertragszweckes" durch positive Vertragsverletzungen eine Rolle,[19] während bei Staub dieses Moment ein Bestandteil des Begriffs überhaupt ist.

Allen Verpflichtungen des Pächters voran geht die, dem Verpächter den vereinbarten Pachtzins zu entrichten (§ 581 BGB.). Ferner dürfte sich aus dem zugrundeliegenden Pachtvertrage ergeben, welchen Gebrauch der Pächter vom Handelsgeschäft machen kann. Es wird in den allermeisten Fällen ausbedungen sein, daß auch nach der Verpachtung die Art von Geschäften, der Geschäftszweig, unverändert beibehalten werden soll und das Geschäft nicht etwa ohne weiteres vom Pächter eingestellt wird. An der Innehaltung dieser Abmachungen wird der Verpächter ein besonderes

15) Vgl. Staub II, 1 Anm. 177 zu Anh. zu § 374.
16) Vgl. RG. 106/23 ff.
17) Vgl. Staub II Anm. 174 ff. zu Anh. zu § 374.
18) Vgl. Planck II, 1 Vorbem. 2 a zu den §§ 275—292; Oertmann S. 113 ff.
19) Vgl. auch hier RG. 106/23, ferner RG. 67/7; 104/279 (von der vorherigen Setzung einer Nachfrist gem. § 326 BGB. ist dieser Anspruch nicht abhängig).

Interesse haben und im Falle eines vertragswidrigen Gebrauches seitens des Pächters nach ergebnisloser Mahnung gegen denselben auf Unterlassung klagen können.[20] Auch für den Pächter gilt die Vorschrift, ohne Erlaubnis des Verpächters den Gebrauch der gepachteten Sache (des Gegenstandes) einem Dritten nicht zu überlassen, insbesondere ohne Erlaubnis keinen Unterpachtvertrag abzuschließen. Man bedenke, daß derartige Rechtsgeschäfte gegenseitiges Vertrauen der Parteien zueinander voraussetzen und daher dem Verpächter nicht gut zugemutet werden kann, sein Geschäft unter Umständen von einem Mann führen zu lassen, dessen Eigenschaften ihm unbekannt sind.[21] Das dem Mieter nach § 549, I BGB. zustehende Kündigungsrecht ist jedoch dem Pächter versagt (§ 596 BGB.).

Werden mit dem bestehenden Handelsgeschäft auch Sachen, insbesondere Warenbestände verpachtet, die im Sinne des § 92 BGB. als verbrauchbare Sachen zu gelten haben, so entsteht die Frage, in welcher Form der Pächter nach Beendigung des Vertrages den Verpächter in den status quo ante zu versetzen hat. Dieselben Sachen wird er ihm nicht zurückgeben können, nachdem er dieselben höchstwahrscheinlich inzwischen veräußert hat; denn damit hat er sie bestimmungsgemäß gebraucht. Nachdem bei den Miet- und Pachtverträgen bisher keine ausdrückliche Regelung getroffen wurde, bleibt als Lösung nur die analoge Anwendung des § 1060 BGB. übrig. Dieser entscheidet die vorliegende Frage bei der Bestellung eines Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen in der Weise, daß der Nießbraucher Eigentümer der Sachen wird und nach Beendigung des Nießbrauchs dem Besteller den Wert zu ersetzen hat, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Das Rechtsinstitut des Nießbrauchs ähnelt in mancher Hinsicht dem der Pacht sehr, sodaß einer analogen Anwendung des § 1067 BGB. wohl nichts im Wege stehen dürfte. Diese führt auch zu einem befriedigenden Ergebnis: Der Pächter wird dann Eigentümer der Sachen, über die er Verfügungsrecht hat. Er ist nach Beendigung des Vertrages verpflichtet, dem Verpächter den seinerzeitigen Wert zu ersetzen bezw. ihm gleichwertige und gleichartige Sachen zu übereignen.

Gewinnt der Pächter in einer Weise Früchte, sodaß dieselben nicht mehr als ein Ertrag nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft angesehen werden können, so kann der Verpächter

20) Veränderungen oder Verschlechterungen des gepachteten Gegenstandes hat, sofern dieselben durch vertragswidrigen Gebrauch entstanden sind, der Pächter zu tragen. (§ 548 BGB.) vgl. auch Soergel (BGB.) I, Anm. 1 zu § 550; Warneyer (BGB.) I, 2 Anm. 1 zu § 550.

21) Vgl. Enneccerus I, 2 § 351 Anm. 9; RG. 102/226.

einmal gegen ihn auf Unterlassung klagen, und zwar auf Grund des § 550 BGB. Er kann aber auch nach Maßgabe des § 553 BGB. das Pachtverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Die zuviel gezogenen Früchte, das ist das Mehr am jährlichen Reingewinn, das das Geschäft ausschüttet,[22] stehen im Eigentum des Pächters. Dies entspricht zwar nicht der herrschenden Meinung, die übermäßig gezogene Früchte allerdings, soweit sie Teil des Kapitals bilden (wie z. B. die durch Windbruch gefällten Bäume), als Eigentum des Verpächters ansieht.[23] Aber eine andere Möglichkeit steht nicht offen, zumal der Fruchtbegriff hier ein weiterer als der im § 99 B.G.B. gegeben ist. Wieviel vom Mehrertrag ist durch unsachgemäßes Wirtschaften erworben worden? Die Beantwortung dieser Frage wird selten ohne weiteres möglich sein; in der Regel wird man erst durch langwierige Berechnungen zu ihr gelangen können. Der Verpächter kann sich zur Schadloshaltung auf § 276 B.G.B. berufen und von dem schuldhaft handelnden Pächter Schadenersatz verlangen.

Es ist bei den hier behandelten Fragen auch nicht zu übersehen, daß sowohl Pächter als Verpächter für das schuldhafte Handeln ihrer gesetzlichen Vertreter und der Personen, deren sie sich zur Erfüllung des Pachtvertrages bedienen, einstehen müssen. Die allgemein-schuldrechtlichen Bestimmungen finden Anwendung. Ein gesetzliches Pfandrecht steht dem Verpächter an den eingebrachten Sachen des Pächters nicht zu. Nur in dem Falle, wo mit dem Handelsgeschäft auch ein Grundstück mitverpachtet ist, besteht für den Verpächter ein solches Recht.[24] Handelt es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück, so ist nach § 585 B.G.B. das gesetzliche Pfandrecht von der Beschränkung, wie sie im § 563 in zeitlicher Hinsicht ausgesprochen ist, frei. Im übrigen sind hier — allerdings immer nur hinsichtlich des mitverpachteten landwirtschaftlichen Grundstückes — die §§ 582 ff. anwendbar.

Bei der Beurteilung der rechtlichen Stellung des Verpächters wie des Pächters Dritten gegenüber — und zwar soweit es sich nicht um den Uebergang von Aktiva und Passiva handelt — sind vor allem zwei Gesichtspunkte hervorzuheben.

Einmal ist es denkbar, daß der Dritte einzelne Sachen, die dem Betrieb des Handelsgeschäfts dienen, fahrlässig oder vorsätzlich beschädigt oder gar zerstört, daß er den Besitzer der Sachen durch

22) Vgl. S. 14 der Arbeit.
23) Vgl. Staudinger II, S. 992 ff., vgl. die §§ 954 ff. BGB.
24) Vgl. Enneccerus I, 2 § 353.

verbotene Eigenmacht im Besitze stört, (§ 862 B.G.B.) und daß er, soweit es sich um ein Grundstück handelt, Arbeiten vornimmt und Anlagen herstellt, die unzulässige Einwirkungen auf das Grundstück darstellen. Hier taucht dann die Frage auf, wem die diesbezüglichen Rechte zustehen, dem Verpächter oder dem Pächter.

Die Rechte aus § 823 B.G.B. stehen nach herrschender Ansicht grundsätzlich nur dem unmittelbar Verletzten zu,[25] im vorliegenden Fall also dem Pächter, der die von ihm besessene Sache nicht mehr gebrauchen kann. Das Reichsgericht hat auch anerkannt, daß mit der Uebergabe der Mietssache „das Recht des Mieters dem reinen Obligationen-Recht entwächst. Es bestehen nicht mehr bloß zwischen den obligatorisch Verbundenen Rechte und Pflichten, sondern jedermann hat das durch den Besitz erkennbare Mietrecht zu achten."[26] Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß daneben der Verpächter in seinem Eigentum verletzt ist, denn von seinem weitgespannten Eigentumsrecht (soweit es nicht gesetzlich beschränkt ist), hat er einen Teil, und zwar das Besitz- und Gebrauchsrecht auf den Pächter übertragen, und dieser ist in erster Linie der wirtschaftlich Geschädigte;[27] ihm steht daher der Schadensersatzanspruch zu. Was die Besitzentziehung und Besitzstörung anbelangt, so steht die Wiedereinräumungsklage sowie die Unterlassungsklage nicht nur dem Pächter, sondern gemäß § 869 B.G.B. ebenso dem Verpächter, dem mittelbaren Besitzer der verpachteten Sache, zu. Ein Verschulden des Dritten braucht in diesen Fällen im Gegensatz zum Anwendungsgebiet des § 823 B.G.B. nicht vorzuliegen. Voraussetzung ist jedoch, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt worden ist, d. h., es muß demselben der Besitz ohne seinen Willen entzogen, bezw. er im Besitz gestört sein; es sei denn, daß das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet. Die Voraussetzung ist jedoch nicht gegeben, wenn die Entziehung oder Störung mit Einwilligung des unmittelbaren oder des mittelbaren Besitzers erfolgt ist.

Handelt es sich in der Haupsache um ein verpachtetes Grundstück, so sind derartige Besitzschutzklagen erfahrungsgemäß in besondere Nähe gerückt, und die Rechtsprechung hat auch gerade hierbei Gelegenheit genommen, festzustellen, daß dem Mieter oder Pächter des Grundstücks die Abwehrklage auf Grund des § 862 B.G.B. zusteht.[28] Nicht aber ist dem Pächter — immer natürlich davon aus-

25) Vgl. JW. 1912 S. 637; RG. 97/89, RG. i. JW. 1920/639.
26) Vgl. RG. 59/328.
27) Vgl. RG. im „Recht" 1920, Nr. 67.
28) Vgl. RG. 105/213 ff.

gegangen, daß das Handelsgeschäft sich in einer bestimmt gearteten Benutzung des Grundstücks bezw. des Gebäudes erschöpft — die Möglichkeit gegeben, die negatorische Eigentumsklage nach § 1004 B.G.B. gegen den Dritten anzustrengen.[29] Bei unzulässigen Einwirkungen auf das Grundstück, wie Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen usw., d. h. Einwirkungen in einer Weise, die sich der Eigentümer gemäß § 906 nicht gefallen zu lassen braucht, wird sich der Pächter darauf beschränken müssen, sich deshalb an den Verpächter zu halten.[30] Nur hinsichtlich der Sachen, die dem Pächter eigentümlich gehören, sei es, daß sie von ihm in das Grundstück eingebracht, sei es, daß sie als Früchte von ihm gewonnen wurden, werden ihm die obenstehenden Rechte zur Verfügung stehen.[31] Gehen die Einwirkungen von einer obrigkeitlich genehmigten gewerblichen Anlage aus, und gewähren dieselben dem Eigentümer oder Besitzer eine Privatklage gegen den Gewerbe-Inhaber, so kann nach § 26 Gew.O. zwar nie auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen, oder gegebenenfalls auf Schadloshaltung geklagt werden. Da als Besitzer eines Grundstücks auch der Pächter angesehen wird, so wird derselbe neben dem Verpächter die Rechte aus § 26 Gew.O. ausüben können.[32] Es sei an dieser Stelle auch an die Immaterialgüterrechte wie Warenzeichen-Patentrechte gedacht, die von dritter Seite verletzt werden. Wir haben bereits oben (S. 19) angesehen, daß in der Mehrzahl der Fälle die aus der Verletzung bezw. Störung entstehenden Ansprüche dem Verpächter verbleiben und diese nur dann dem Pächter zustehen, wenn er entweder Inhaber einer ausschließlichen Lizenz ist, oder gar auf ihn das Recht vom Verpächter übertragen worden ist. Eine Verletzung solcher Rechte kann einmal erfolgen, indem dem Inhaber gegenüber von einem Dritten der Bestand des Rechtes bestritten wird und eine entsprechende störende Handlung des Dritten zu besorgen ist, und zwar durch Wort, Schrift oder ähnliches; dann aber auch durch unbefugtes Eintragen eines Zeichens, eines Patentes, vor allem durch unbefugte Benutzung dieser Rechte, die in mannigfacher Weise möglich ist.

Das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, sowie das Patentgesetz haben jedoch nicht abschließend die zivilrechtlichen wie strafrechtlichen Folgen derartiger Rechtsverletzungen bezw. -störun-

29) Vgl. Staudinger III, 1. Teil, IV 2 b zu § 906.
30) Für die benachbarten §§ 905, 907 ff. wird das Gleiche gelten müssen.
31) Vgl. RG. 105/215.
32) Vgl. Staudinger III, 1. Teil, IV 2 f RG. 105/214 ff.

gen festgelegt. Es ist anerkannt, daß im gegebenen Fall sowohl die Unterlassungsklage auf Grund des § 1004 B.G.B., als auch die positive bezw. negative Feststellungsklage auf Bestand oder Nichtbestand jener Rechte erhoben werden können. Im § 35 des Patent-Gesetzes und in den §§ 14, 15 W.Z.G. sind die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht des Verletzers aufgeführt. Diese Bestimmungen gehören dem Gebiet der Deliktsobligationen an und gehen als Sonderbestimmungen dem 25. Titel des II. Buches (unerlaubte Handlungen) insbesondere dem § 823 B.G.B., vor.[33] Ohne Frage würde sonst § 823 B.G.B. hier angewandt werden können, der für die Verletzung absoluter Rechte („oder ein sonstiges Recht") eine Verpflichtung des Verletzers zum Schadensersatz begründet. Aber der Gesetzgeber legt augenscheinlich Wert darauf, daß diese Verpflichtung nicht schon bei jeder fahrlässigen Begehung eintritt, sondern erst bei einer grob fahrlässigen. Dabei ist zu beachten, daß, soweit es sich nicht um den Inhalt der oben angeführten Bestimmungen handelt, doch die übrigen Vorschriften über unerlaubte Handlungen, so beispielsweise § 826 B.G.B. hier Anwendung finden würden.[34] Ein zwingender Grund, die Vorschriften der unerlaubten Handlungen des B.G.B. auszuschließen, ist nicht ersichtlich. Während aber Geschädigter im Sinne des Patent- und Warenzeichen-Gesetzes der Patentinhaber bezw. derjenige ist, der eine ausschließliche Lizenz hat, ist es im Sinne der unerlaubten Handlung des B.G.B. der wirtschaftlich unmittelbar Geschädigte.[35] Es mag noch die nicht uninteressante Frage aufgeworfen werden, ob und inwieweit in den Fällen des § 14 W.Z.G. und § 35 P.G. eine Schuld- und Schadensausgleichung nach § 254 B.G.B. möglich ist. Darauf ist zunächst zu antworten, daß grundsätzlich auch diese Vorschriften aus dem allgemeinen Teil der bürgerlich-rechtlichen Schuldverhältnisse hier ergänzend angewandt werden können.[36] Es fragt sich nur, ob eine Ausgleichung stattfinden kann, wenn der Dritte dem Verpächter, dem Inhaber des verletzten Rechtes, ersatzpflichtig ist, der Pächter aber, der nur Inhaber einer Lizenz ist, bei der Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt hat. Man kann den Pächter hier nicht als Hilfsperson ansehen, deren sich der Verpächter zur Erfüllung der Verbindlichkeit, den Dritten auf die

33) Vgl. Kent, Anm. 11 zu § 35 Pat.-Ges., Finger, Anm. 6 a, 7 zu § 14 WZG., Isay (Pat.-Ges. Vorbem. 1—3 zu § 35).

34) Vgl. RG. 73/296; 57/54, Isay (Pat.-Ges.) Vorbem. zu § 35, Anm. 2; nach ihm gilt nur § 35. Nach Kohler S. 188 ff. finden die Grundsätze des § 823 BGB. hier nicht Anwendung.

35) Siehe S. 5 der Arbeit.

36) Vgl. Kisch S. 446, Isay (Pat.-Ges.) Anm. 5 zu § 35; Finger Anm. 24, IV zu § 14 WZG.

Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, bedient. Auf dem Gebiet der unerlaubten Handlungen ist die Anwendung des § 278 in Verbindung mit § 254 B.G.B. versagt worden.[37] Es wäre dann nur noch zu erwägen, ob der schädigende Dritte dem Verletzten aus dem Gesichtspunkt des § 831 B.G.B. in Verbindung mit § 254 B.G.B. eine wirksame Einrede entgegensetzen kann. An und für sich ist die Anwendbarkeit des § 831 B.G.B. in diesem Zusammenhang vom Reichsgericht bejaht worden.[38] Sie ist aber hier aus dem Grunde nicht gut möglich, weil der Pächter vom Verpächter nicht „zu einer Verrichtung bestellt ist" und zu ihm nicht in einem Gehorsams-Verhältnis steht. —

Der zweite Gesichtspunkt, der für die rechtliche Stellung zwischen Pächter bezw. Verpächter einerseits und einem Dritten von Bedeutung ist, ist die Verletzung des „Rechts am Unternehmen"[39] als solchem. Daß es ein solches Recht, das auch oft Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb genannt wird, gibt, ist heute anerkannt[40] und damit zugleich die Möglichkeit seiner Verletzung. Isay[41] weist ausdrücklich darauf hin, daß „dem Nießbraucher, dem Pächter . . . das Recht am Unternehmen zusteht, . . ., nicht die Eigentümer, sondern sie selbst sind somit Träger der im Unternehmen verkörperten Rechtsgüter, und sie müssen auch in der Lage sein, letztere gegen Verletzung von dritter Seite zu schützen, da sie in erster Linie durch den unlauteren Wettbewerb der Konkurrenten geschädigt werden." Damit ist schon gesagt, daß in der Hauptsache Schädigungen von dritter Seite erfolgen können, die unter dem Begriff „Unlauterer Wettbewerb" zusammengefaßt werden. Es handelt sich da im Großen und Ganzen um zwei Gruppen von Tatbeständen, und zwar einmal um Handlungen des unlauteren Wettbewerbers, die durch die besondere Art der Geschäftsgebarung auf Ausschließung der Konkurrenz hinzielen, ohne in eine fremde Rechtssphähre unmittelbar einzugreifen und dann um Handlungen, die gegen einen bestimmten Konkurrenten vorgenommen werden und geeignet sind, den Geschäftsbetrieb und den Kredit desselben zu schädigen. In diesem Fall wird die fremde Rechtssphäre verletzt, um diesen Konkurrenten unschädlich zu machen. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sieht sowohl Klage auf Unterlassung als auch

37) Vgl. RG. 91/138, IW. 1920/965.
38) Vgl. RG. 79/319; 77/211.
39) Vgl. Isay (das Recht am Untern.), derselbe in IW. 1926 S. 535.
40) Vgl. RG. 64/156 RG. im „Recht", 1916/232, RG. 100/214.
Vgl. Oppikofer S. 134 ff.
41) Isay S. 70 ff.

Schadenersatzklage vor. Die Klage auf Unterlassung wird vom Pächter wie auch vom Verpächter angestrengt werden können.

Bald wird der Verletzte der Pächter sein, so, wenn jemand im geschäftlichen Verkehr für sein Unternehmen eine Firma in einer Weise benutzt, welche möglicherweise Verwechselungen mit dem gepachteten Geschäft hervorruft, bald wird es der Verpächter sein, sofern über seine Person „Tatsachen behauptet oder verbreitet werden, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen."[42] Das Entsprechende gilt für die Klage auf Schadenersatz. Kläger ist jedenfalls der durch die Handlung unmittelbar Geschädigte. Durch die Bestimmungen des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb ist die Anwendbarkeit der §§ 823, 826, B.G.B. nicht aufgehoben.[43] § 1 U.W.G., gewissermaßen der Generalnenner dieser gesetzlichen Bestimmungen, weist gegenüber dem § 826 B.G.B. die erhebliche Verschiedenheit auf, daß er die subjektive Seite der Handlung vernachlässigt und sich mit der Feststellung einer objektiv gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung begnügt, während dieser § Vorsatz verlangt.

Nach § 13 U.W.G. ist in den Fällen der §§ 1 und 3 des Gesetzes nur der Erwerbsgenosse, also der Pächter, zur Klageerhebung berechtigt, beim § 826 B.G.B. einfach „der andere". Unter einem „sonstigen Recht", wie es im § 823, I heißt, wird auch vom R.G. der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb verstanden.[44] Beachtenswert ist, daß für eine Schadensersatzpflicht hier Widerrechtlichkeit der Verletzung vorliegen muß.

F. Die Beendigung des Pachtverhältnisses.

Erlischt das Pachtverhältnis, so ist nach § 556 B.G.B. in Verbindung mit § 581, II B.G.B. der Pächter verpflichtet, dem Verpächter wieder den unmittelbaren Besitz an den verschiedenen Gegenständen einzuräumen, die während der Vertragsdauer ihm zustehenden Rechte auf den Verpächter zurückzuübertragen bezw. den Gebrauch derselben ihm zu überlassen.

Der Verpächter muß dann wieder in der Lage sein, den Geschäftsbetrieb ordnungsmäßig weiterzuführen, ohne daß er verlangen kann, daß alles in dem Zustand ist, in welchem er es seiner-

42) Es ist naheliegend, daß daneben der Pächter klageberechtigt ist, sobald mit der Person des Verpächters das Unternehmen angegriffen wird. Beide sind dann Streitgenossen im Sinne des § 60 ZPO.

43) Vgl. Finger S. 40 ff.

44) Vgl. RG. in JW. 1915/327; RG. im „Recht", 1915, Nr. 2269.

zeit dem Pächter überlassen hat. Eine gewisse Abnutzung der Sachen, auch eine Umorganisation des Betriebes, soweit sie mit „der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ vereinbar ist, wird er in Kauf nehmen müssen.[1] Kommt der Pächter dieser Verpflichtung nicht nach, so kann der Verpächter die sich aus dem § 557 B.G.B. ergebenden Rechte für sich in Anspruch nehmen, d. h. er kann „für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins verlangen; überdies steht ihm unter Umständen noch ein Schadenersatzanspruch zu. Ob die zuletzt angeführte gesetzliche Vorschrift auch auf die Unternehmensorganisation, zurzeit ein „Immaterialgüterrecht sui generis“ wird Anwendung finden können, dürfte von der endgültigen Anerkennung derselben als Sache im Rechtssinne abhängen. Das moderne Sachenrecht bildet tatsächlich die geeignetste rechtssystematische Basis für das aufblühende Unternehmensrecht.

6. Steuerrechtliche Betrachtungen.

Wir haben bisher die rechtliche Stellung der bei der Verpachtung eines Handelsgeschäfts beteiligten Personen zueinander und Dritten gegenüber näher erörtert und den Uebergang wie auch die Verletzung von Rechten, die hierbei eine Rolle spielen, einer Untersuchung unterzogen. Darüber soll aber nicht die wirtschaftlich-praktische Seite außeracht gelassen werden, vielmehr besonders die außerordentliche Bedeutung der Kapitalsbildung und -anhäufung betont werden.

Die Verpachtung von Handelsgeschäften kommt zwischen Einzelkaufleuten häufig vor, ihre hauptsächlichste Bedeutung aber liegt in der Konzernbildung großer industrieller Unternehmungen.[1] Und wo Kapital ist, Kapital arbeitet, dort erhebt der Staat geldwerte Ansprüche in Form von Steuern. So ergeben sich mancherlei steuerrechtliche Fragen, von denen einige hier behandelt werden sollen.

Die Verpachtung eines Gewerbebetriebes als solche wird nicht mit einer Steuer belegt; die zurzeit geltenden Gesetze geben hierfür keine Anhaltspunkte.[2] Hingegen ist die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages, nach welchem das Vermögen einer O.H.G. mit Aktiven und Passiven in eine neu gegründete G.m.b.H. eingebracht

---

1) Vgl. Staudinger Band II, 1 Anm. I, 1 a zu § 556 Anm. I zu § 548; Düringer-Hachenburg Band I, VII, 5 zu § 25.

1) Hoeninger in Festschr. f. O. Lenel S. 2 ff.

2) Vgl. Friedländer S. 418 (Im Normalfalle des Pachtvertrages entsteht aus Anlaß der Verpachtung keine Kapitalverkehrssteuer.).

wird und damit insbesonders der Anspruch auf pachtweise Ueberlassung der im Eigentum der O.H.G. verbleibenden Fabrikgrundstücke samt Inventar nach Tarif[3] zum Reichsstempelgesetz vom 3. 7. 1913 bis 26. 7. 1918 reichsstempelpflichtig.[4] In diesem aus der Praxis entnommenen Fall hatte das Finanzamt im Hinblick auf die Verpachtungsklausel an die G.m.b.H. noch eine Nachforderung gestellt, und der Reichsfinanzhof entschied, „daß nicht etwa der Wert des Grundbesitzes selbst angesetzt werden kann, sondern nur der Wert des Pachtrechts. Dieser ist gleich Null, wenn der Pachtzins dem Werte der Pachtnutzung gleichkommt." Beim Werte des Pachtrechts ist § 144 R.A.O. zu berücksichtigen. Aber nur selten ergreift die Steuer das Pachtrecht selbst, in der Mehrzahl der Fälle wird die Steuerpflicht auf dem verpachteten Betriebsvermögen lasten, oft auch auf den Einkünften.

Nach dem Einkommensteuer-Gesetz vom 10. 8. 25, das sich an natürliche Personen richtet, unterliegen die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, wie auch solche aus Vermietung und Verpachtung von Sachinbegriffen der Besteuerung (§ 6 des Gesetzes). Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb stammen aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Wenn auch dem Pächter die ihm zur Verfügung stehenden Sachen und Rechte nicht zu Eigentum gehören, so ist er es doch, der den Geschäftsbetrieb für seine Rechnung zum Zwecke der Gewinnerzielung weiterführt. Der Pächter ist hiernach einkommensteuerpflichtig,[5] mag er ein Einzelkaufmann, mag er Gesellschafter einer O.H.G. oder Komplimentär, ja Kommanditist einer Kommanditgesellschaft sein. Diese Gesellschaften selbst sind nicht einkommensteuerpflichtig, obwohl die Selbständigkeit ihres Gesellschaftsvermögens anerkannt ist. Man gelangt aber zu diesem Ergebnis teils auf dem Wege der unbeschränkten persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter, teils damit zusammenhängend von der Erwägung geleitet, daß nicht diese Gesellschaften, sondern die in ihnen tätigen Gesellschafter die Betriebsunternehmer sind. Besitzen doch diese Gesellschaften auch keine juristische Persönlichkeit. So ist der Anteil der Gesellschafter am Reingewinn der Gesellschaft sowie „etwaige besondere Vergütungen, die die Gesellschafter für Mühewaltungen in dem Interesse der Gesellschaft für deren Rechnung bezogen haben" (§ 29 Eink.St.G., Absatz 2, Nr. 3), das zu besteuernde Einkommen.

Aber aus der Verpachtung des Betriebes erwachsen nicht nur dem Pächter wirtschaftliche Vorteile, auch der Verpächter ist auf

3) Nr. 1 A, b Sp. 4.
4) Vgl. RFH. 12/133 ff.
5) § 6, I, 2; § 45 EinkStG., vgl. Pissel u. Koppe S. 466 ff., Friedländer S. 419.

den Nutzen bedacht, den ihm das Verpachtungsgeschäft einbringen soll. Er verlangt seine Pachtzinsen, die ihm meist sicherer sind als für den Pächter die Einkünfte aus dem Betrieb. Das Einkommensteuergesetz sieht im § 6, I, Nr. 6, diesen Fall vor, indem es ausführt, daß Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung von Sachinbegriffen . . . . . der Besteuerung unterliegen."[6]

Die wirtschaftlichen Erträge ein und desselben Pachtverhältnisses werden so von der derselben Steuerart zweimal erfaßt, ohne daß man von einer Doppelbesteuerung sprechen kann. Wir haben es nicht mit einem einzigen Steuer-Subjekt zu tun, sondern mit zwei verschiedenen: zwei verschiedene Einkommen sind zu versteuern. Und schließlich finden wir auch hier zwei Ertragsquellen vor: die Pachtzinsen, die aus dem Lauf des Pachtvertrages herrühren und die Gewinne aus dem Gewerbebetrieb. Das verpachtete Handelsgeschäft wird zu dieser Steuer nur einmal — bei der Einkommensteuer d e s P ä ch t e r s — herangezogen. Wegen ihrer besonderen Bedeutung im Wirtschaftsleben und ihrer rechtlichen Eigenart hat man ein besonderes Einkommensteuer-Gesetz für die sogen. Erwerbsgesellschaften aufgestellt und es am 10. 8. 25 unter dem Namen „Körperschafts-Steuergesetz" in Kraft treten lassen. In den §§ 4 und 5 dieses Gesetzes sind die einzelnen Gesellschaftsformen, die hierfür in Betracht kommen, angeführt. Es sind hauptsächlich juristische Personen des Handelsrechts, deren Einkünfte nach den §§ 6—8, 11 Eink.St.G. besteuert werden.[7] § 10 des Körp.St.G. weist unmittelbar auf diese Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes hin. Die Besteuerung erfolgt also nach denselben Grundsätzen, wie sie bei physischen Personen obwalten. Es liegt dann im Wesen dieser Geselschaftsformen, daß auf seiten des Pächters Träger der Steuerpflicht die A.G. oder die G.m.b.H. oder ähnliche Körperschaften selbst sind, und die Vorstandsmitglieder bezw. die Geschäftsführer dem Einkommensteuergesetz und nicht dem Körperschaftssteuergesetz unterliegen. Die steuerrechtliche Stellung des Vorstandes, der Geschäftsführer und der Aufsichtsratsmitglieder ist übrigens eine durchaus nicht einheitliche. Mehreren Vergütungsarten wie festem Gehalt, Gewinnanteil und

6) Vgl. die §§ 38, 45 EinkStG. § 45 Satz 2 bestimmt, daß die Einkünfte des Verpächters aus der Verpachtung nicht zu den Einkünften der im § 6, I Nr. 2 bezeichneten Art (Gewerbebetrieb!) gehören, sondern nach § 6, I, Nr. 6 zu besteuern sind. (Vgl. Pissel u. Koppe S. 467.) Nur in ganz besonderen Fällen, wo bei dem Verpachten ein Gewerbebetrieb anzunehmen ist, wird eine Besteuerung nach § 6 I, 2 in Verbindung mit § 29 (Gewerbebetrieb!) erfolgen können. Vergl. RFH. in Steuer und Wirtschaft 1926, V, Seite 917. Abweichend Friedländer Seite 420.

7) Vgl. Strutz (Handb.) S. 463 ff., Rosendorff S. 70 ff., S. 89 ff.

Tantième entsprechen verschiedene steuerliche Belastungen: § 36, I des Eink.St.G. trifft die Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit, den Arbeitslohn;[8] beim Vorstand einer A.G. ist diese Vorschrift häufig die allein maßgebende; § 37, I. Eink.St.G., der beispielsweise das Einkommen der Geschäftsführer einer G.m.b.H., die gleichzeitig Gesellschafter derselben sind, als Einkünfte aus Kapitalvermögen ansieht; § 35, II Eink.St.G., der Aufsichtsratsmitgliedern gewährte Tantièmen mit Rücksicht auf die selbständige Berufstätigkeit für einkommensteuerpflichtig erklärt. Bekanntlich beschränkt sich die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder nicht immer auf die Beaufsichtigung der Verwaltung, sondern die Mitglieder greifen auch bisweilen — soweit das satzungsgemäß zulässig ist — unmittelbar in die Geschäfte der Unternehmung ein. So wird in diesen Fällen den Betreffenden eine besondere Vergütung für ihre Tätigkeit zugesagt, die ebenfalls, und zwar nach § 35, II des Eink.St.G. der Besteuerung unterliegt.[9] Die Entwicklung des Wirtschaftslebens bringt es nicht selten mit sich, daß Vorstandsmitglieder einer A.-G., die Pächterin einer anderen A.-G. ist, in dieser Aufsichtsratsposten bekleiden, um auf möglichst umfassende Weise Einfluß auf beide Unternehmungen zu haben.[10] Diese Aufsichtsratsmitglieder bezw. Vorstandsmitglieder der pachtenden A.-G. sind nach § 35, II einkommensteuerpflichtig. Eine wesentliche Voraussetzung dafür ist aber, daß die Pächterfirma Aktienwerte der verpachtenden A.-G. besitzt, denn sonst fehlt ihr die Machtstellung in der Generalversammlung. Entfallen auf diese Aktien Dividenden, so ist der Gewinn aus Kapitalvermögen nach § 37, I Eink.St.G. zu versteuern. Der Pachtzins wird bei großen Konzernen oft in der Weise entrichtet, daß die Pächterin einen bestimmten Teil der Passiva übernimmt oder daß der Verpächterin eine entsprechende Dividende zugesichert wird. Immer aber bleiben trotz der Verpachtung eines Betriebes an den anderen und der damit verbundenen einheitlichen Bewirtschaftung zwei selbständige Steuersubjekte bestehen.[11]

Dies tritt auch beim Vermögenssteuergesetz recht deutlich hervor. Sowohl Pächter wie Verpächter besitzen eigenes Vermögen, und gerade angesichts des verpachteten Geschäftes sind die beiden Vermögensmassen scharf getrennt voneinander zu halten. Der Pächter

8) Vgl. Durchführungsbestimmungen über den Steuerabzug vom Arbeitslohn vom 20. 12. 23 und Verordnung über die Durchführung des Steuer-Abzuges vom Arbeitslohn auf Grund des Steuer-Ueberleitungsgesetzes vom 30. 5. 25.
9) Vgl. RG. 73/366 ff.
10) Vgl. Friedländer S. 186 ff.
11) Vgl. Geiler S. 269

wird nicht allein mit den ihm vom Verpächter zur Verfügung gestellten Sachen arbeiten, er wird oft in nicht geringem Maße auch eigene Vermögenswerte dem Geschäftsbetrieb einverleiben. Pächter wie Verpächter sind nach § 2 des Verm.St.G. vom 10. 8. 25. mit ihrem gesamten Vermögen steuerpflichtig.[12] Dieses Gesetz sieht als Steuer-Subjekte nicht allein alle natürlichen Personen an,[13] sondern in gleicher Weise juristische Personen des Privat-, im besonderen des Handelsrechts, nicht rechtsfähige privatrechtliche Körperschaften, offene Handelsgesellsaften, Kommanditgesellschaften und auch gewisse öffentlich-rechtliche Körperschaften, wie die Kredit-Anstalten. Hier ist ein bedeutsamer Unterschied vom Einkommen- und auch vom Körperschaftssteuergesetz aufzuweisen: denn gegenüber dem Vermögenssteuergesetz sind die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften ihrer vermögensrechtlichen Natur entsprechend selbst Steuersubjekte,[14] so daß die einzelnen Gesellschafter mit ihrem übrigen Vermögen, d. h. getrennt von ihren Geschäftsanteilen der Steuer unterliegen. Ihren Anteil am Geschäftsvermögen können sie dabei selbstverständlich in Abzug bringen; sie können aber jedenfalls nicht diesen Anteil zusammen mit ihrem übrigen Vermögen versteuern. Was an Vermögen der Steuer unterliegt, ergibt sich aus dem § 2 des Reichsbewertungsgesetzes vom 10. 8. 1925, auf den im Vermögenssteuergesetz verwiesen wird. Danach kommen nachstehende Vermögensarten in Betracht:

1. landwirtschaftliches, forstwirtschaftliches und gärtnerisches Vermögen,
2. Betriebsvermögen,
3. Grundvermögen,
4. sonstiges Vermögen.

Interessiert uns in erster Linie das Betriebsvermögen, so ist die Feststellung wichtig, was alles dazu gehört und wer diese Steuerlast trägt. Der § 26 des R.Bew.G. besagt, daß alle Gegenstände, die den gewerblichen Betrieb bilden, das steuerpflichtige Vermögen ausmachen. Der hier gebrauchte Begriff „Gegenstand“ wird wohl im Sinne des BGB. aufgefaßt werden können, sodaß wir sowohl Sachen als auch Rechte hierunter verstehen können, jedoch nur solche, die dem Geschäftsbetrieb dienen. Diese zum Betriebsvermögen gehörenden, dem Betriebsinhaber zur Verfügung stehenden Gegenstände müssen aber auch im Eigentum desselben

12) Vgl. RFH. 14/127.

13) „Solange sie im Deutschen Reich ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.“ Ferner Beamte des Reichs und der Länder usw.

14) Vgl. Beuck S. 78; Strutz (Handb.) S. 655; Erler S. 163.

5

stehen.[15] Ist das, wie bei der Pacht, nicht der Fall, so sind sie dem zu versteuernden Betriebsvermögen ihres Eigentümers zuzurechnen; denn er trägt die Steuerlast. § 26 des R.Bew.G. macht aber zur Voraussetzung, daß sich dabei Gegenstände befinden, die zum Anlagekapital gehören und dauernd dem Betrieb gewidmet sind, sodaß sie „nach Art und Menge im wesentlichen zur Ausübung eines selbständigenGewerbebetriebes genügen würden.“[16] Sind sie nicht von dieser Art, so sind sie mit dem sonstigen Vermögen des Eigentümers, des Verpächters, zu versteuern. Nun werden oft genug mit dem Handelsgeschäft Grundstücke verpachtet, der Wirtschaftlichkeit halber, oft werden sie auch mitverpachtet werden müssen, weil sich sonst ihr Gewerbebetrieb schwer fortsetzen lassen würde. In derartigen Fällen also, in welchen der Eigentümer unbebaute oder bebaute Grundstücksflächen einem Dritten lediglich zur Ausübung des Gewerbes überlassen hat, gelten dieselben nicht als zum Betriebsvermögen des Eigentümers gehörig; sie sind dann nach § 34 R.Bew. G. zum Grundvermögen des Eigentümers zu zählen. Zum Betriebsvermögen desselben rechnen unbebaute Grundstücksflächen nur, wenn sie „zur Ausbeutung des Grund und Bodens überlassen sind (zum Beispiel Steinbrüche,Kalkbrüche).“ (§ 26 R.Bew.G.)

Bei einem Einzelkaufmann kann es mitunter schwierig sein, sein Betriebsvermögen scharf von seinem sonstigen Vermögen oder einer anderen Vermögensart zu trennen. Bei den juristischen Personen des Handelsrechts und bei privatrechtlichen Körperschaften, die nicht mit Rechtsfähigkeit ausgestattet sind, werden diese Unterscheidungen wohl seltener praktisch werden, obschon es nicht undenkbar ist, daß z. B. eine A.G. sowohl Betriebsvermögen als auch landwirtschaftliches Vermögen im Sinne des § 11 R.Bew.G. besitzt. Man wird wohl diese Möglichkeit nicht aus dem Grunde von vornherein ablehnen, weil es im § 26 R.Bew.G. heißt: „Einen gewerblichen Betrieb bilden insbesondere alle Gegenstände, die gehören:[17]

1) Aktiengesellschaften ...“ usw. Es ist nicht anzunehmen, daß damit etwas Ausschließliches gesagt werden sollte.

Mit Hervorhebung der Bestimmung, daß das Vermögen „bei der Veranlagung zur Vermögenssteuer mit dem Einheitswert anzusetzen ist“ (§ 5 Abs. 2 Verm.St.G.) berühren wir etwas Grund-

15) Vgl. Erler S. 140 ff., insbesondere S. 159.
16) Vgl. hierzu Friedländer S. 421/422.
17) „Gehören“ bezieht sich in Abs. 2 des § 26 auch auf nicht rechtsfähige Vereine; man wird diesen Ausdruck nicht streng juristisch-technisch nehmen können, da doch nicht rechtsfähige Vereine als solche kein Eigentum erwerben können, sondern nur die Mitglieder zur gesamten Hand.

sätzliches im Steuerrecht: die Frage der „Wertermittlung“, wie sie im zweiten Abschnitt der Reichsabgaben-Ordnung (§ 137 ff.) behandelt ist, und in Fortsetzung derselben die Frage der einheitlichen Wertfeststellung, wie sie im Reichsbewertungsgesetz vom 10. 8. 25. ihren Niederschlag gefunden hat. Die steuerlichen Einheitswerte sind für die Besitzsteuern und damit in erster Linie für die Reichsvermögenssteuer geschaffen worden, damit dieselben wirtschaftlichen Einheiten gegenüber verschiedenen Steuergesetzen, verschiedenen Steuerhoheiten, gleichmäßig behandelt werden.[18] Sonst wäre es möglich, daß ein Fabrikbetrieb mit dazugehörigem Gelände für die Vermögenssteuer höher bewertet wird als für die Gewerbesteuer. Das Reichsbewertungsgesetz gibt die Richtlinien für die Wertermittlung und stellt am Eingang des entsprechenden Abschnittes im § 9 den Satz auf, „daß für eine wirtschaftliche Einheit .... mehrere Gegenstände nur insoweit in Betracht kommen, als sie demselben Eigentümer gehören.[19] Es ist dann auch ein weiterer Fortschritt auf dem Gebiet der Steuergesetzgebung, daß nicht nur das Gesamtvermögen einheitlich bewertet wird, sondern auch jede der in § 2 des Gesetzes aufgeführten Vermögensarten.

Auf diese Weise sind die einmal festgestellten Werte zugleich für die Erhebung derjenigen Steuern gegeben, die bestimmte Teile des Gesamtvermögens erfassen sollen. Pächter wie Verpächter werden zum Zweck der Besteuerung Steuerbilanzen[20] aufstellen müssen, die die Werte des Betriebsvermögens und der anderen Vermögensarten, so vor allem des „sonstigen Vermögens“ und nicht zuletzt auch des Gesamtvermögens erkennen lassen.[21] In der Aufstellung seines Betriebsvermögens[22] muß der Pächter alle ihm gehörigen Gegenstände berücksichtigen; ob er auch seinen Anspruch gegen den Verpächter auf Gebrauch der gepachteten Sachen und Aufrechterhaltung des vertragsmäßigen Zustandes während der Pachtzeit auf der Aktiv-Seite und entsprechend die Verpflichtung zur Pachtzinszahlung auf der Passiv-Seite einzusetzen hat, ist mehr als zweifelhaft, da es sich hier um die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages handelt.[23]

---

18) Vgl. Erler S. 72.

19) Vgl. § 80 RAO.: „Wer einen Gegenstand als ihm gehörig besitzt, wird im Sinne der Steuergesetze wie ein Eigentümer behandelt.“

20) Diese Steuerbilanzen werden nach den Grundsätzen der steuerlichen Bewertung aufgemacht und weisen meist gegenüber den Handelsbilanzen Verschiedenheiten auf.

21) RFH. 10, S. 59.

22) Immer vorausgesetzt, daß ein solches neben dem des Verpächters vorhanden ist.

23) Vgl. hierzu und zum Folgenden Beuck S. 250.

Hingegen wird eine Abschreibung dann nicht zu beanstanden sein, wenn der Pächter auf Grund der allgemeinen Sorgfaltspflicht Kosten wird aufbringen müssen, um diese oder jene verpachtete, arg beschädigte Sache dem Verpächter wieder instandgesetzt zurückzuliefern.[24] Fehlt dabei in der Aufstellung des Betriebsvermögens ein entsprechender Aktivposten, so wird auch gegen eine Gesamtabschreibung nichts einzuwenden sein. Diese findet überhaupt in all den Fällen Anwendung, wo Werte sich in einem bestimmten Posten der einzelnen Vermögensarten nicht oder doch sehr schlecht einreihen lassen. Das Gegenstück hierzu finden wir in einer Erhöhung des Gesamt-Saldos, wenn das Vermögen des Pächters durch erweiterten Kundenkreis, durch größere Ertragsfähigkeit seiner Unternehmung, die voraussichtlich auch nach Lösung des Pachtverhältnisses erhalten bleibt, gewachsen ist.[25]

Die Steuer-Erhebungen stellen erhebliche finanzielle Belastungen der natürlichen Personen wie der Personal- und Kapitalgesellschaften dar, und es ist eine nur zu bekannte Tatsache, daß ein ständiger und erbitterter Kampf zwischen Steuerhoheit und Steuerschuldner geführt wird. Bald unterläßt es einfach der Steuerpflichtige, einen Steueranspruch begründende Tatsachen und Vorgänge der Behörde bekanntzugeben, er hinterzieht die Steuer, bald kleidet er wirtschaftliche Vorgänge in ungewöhnliche Rechtsformen, die eine Steuerpflicht entweder überhaupt nicht, oder doch in geringerem Masse begründen, als das bei der angemessenen juristischen Formulierung der Fall gewesen wäre. Das Steuergesetz wird, so sagt man, „umgangen". Die Reichsabgaben-Ordnung, gleichsam das Grundgesetz des deutschen Steuerrechts, sucht der Steuer-Umgehung im § 5 entgegenzutreten.[26] In Fällen, in denen der Eigentumsübergang von bestimmten Sachen, so von Grundstücken, mit einer Steuer belegt wurde, gelangt es Steuerpflichtigen mehr als einmal, durch Abschluß von Rechtsgeschäften, insbesondere von Pachtverträgen, die im praktischen Ergebnis einer Uebereignung gleich kamen, das Gesetz zu umgehen.

Der Pachtvertrag sollte als Deckmantel für Verletzungen des Steuergesetzes dienen. Das Grunderwerbsteuergesetz vom 12. 9. 19. bis 10. 8. 25. trägt diesen Uebelständen in den §§ 6 und 7 weitest-

---

24) Vgl. Friedländer S. 206.
25) Vgl. Beuck S. 267 ff.
26) „. . . liegt ein Mißbrauch vor, so sind die getroffenen Maßnahmen für die Besteuerung ohne Bedeutung. Die Steuern sind so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen . . angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären."

gehend Rechnung.[27] Wollen die Parteien im Grunde genommen die Veräußerung des Handelsgeschäfts nebst den dazugehörigen Grundstücken, schließen sie aber einen Pachtvertrag, so ist dieser Rechtsvorgang dennoch grunderwerbssteuerpflichtig;[28] die Absicht einer Gesetzesumgehung braucht nicht einmal vorzuliegen. —

Dabei ist aber nicht zu verkennen, daß oft der Abschluß von Pachtverträgen, an deren Stelle ebenso gut Uebereignungs- bezw. Fusions-Verträge bestehen können, aus berechtigten wirtschaftlichen Gründen erfolgt und beiderseits ernst gemeint ist.[29] Die Pachtzeit soll dann für beide Parteien eine Probezeit sein, man will danach erst feststellen, ob die beiden so zusammengefügten Unternehmungen ersprießlich arbeiten werden. Täuscht man sich aber, und erweist sich die Trennung als notwendig, so erspart man wiederum Kosten und Steuern, die bei einer Lösung nach vorangegangener Fusion entstanden wären. Und es kann ebenfalls nicht als eine Gesetzesumgehung angesehen werden, wenn die Parteien von Rechtsformen, die ihnen für die Erreichung ihrer wirtschaftlichen Zwecke in gleicher Weise zur Verfügung stehen, diejenige wählen, die eine geringere Steuerlast mit sich bringt, als die anderen. Man kann die Parteien nicht zwingen, „diejenigen Wege zu gehen, die dem Staat die meisten Steuern bringen."[30] In der eben angeführten Entscheidung des Reichsfinanzhofes handelt es sich im Anschluß an die Verpachtung einer Kommanditgesellschaft an eine G.m.b.H. um die Frage, ob sich hierdurch die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ihrer Einkommensteuerpflicht entziehen wollen und ob sie nicht trotzdem persönlich für die Einkünfte aus der verpachteten Unternehmung herangezogen werden sollen. Eine G.m.b.H. sei steuerlich insofern besser als eine Kommanditgesellschaft gestellt, als sie Gewinne „aufspeichern" können, ohne Steuerbeträge abführen zu müssen, während die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ihren erzielten Gewinn bis zu 60% zu versteuern haben, ohne Rücksicht darauf, ob der Gewinn ausgezahlt oder nur gutgeschrieben wird. Der Reichsfinanzhof hat hier in überzeugender Weise dargetan, daß die Verschiedenheit und die Mängel der betreffenden Einkommensteuergesetze den Steuerpflichtigen nicht zum Nachteil gereichen dürften. Ueberdis fließen doch der Kommanditgesellschaft die von der G.m.b.H. gezahlten Pachtzinsen zu, sodaß ein Teil des von der Unternehmung abgeworfenen

27) Vgl. JW. 1922 S. 1611; Rohde S. 53 ff.
28) Vgl. DJZ. 1915 Seite 1140.
29) Vgl. RFH. 14 S. 309; Friedländer S. 419.
30) Vgl. RFH. 16/18 ff., vgl. Rosenstock S. 98 ff.

Gewinnes bei den Gesellschaftern versteuert wird. Die Anwendung des § 5 R.A.O. wird abgelehnt.

Ob große industrielle Unternehmungen die Form des Pachtvertrages auch künftig zum Zwecke des Zusammenschlusses einer Fusion oft vorziehen werden, wird vornehmlich von der Steuer-Gesetzgebung abhängen. Bei Kleinbetrieben dürfte auch weiterhin der Pachtvertrag seinen wirtschaflichen Zweck ganz erfüllen.

Lebenslauf.

Am 17. Oktober 1900 wurde ich, Hans Levysohn, als Sohn des Kaufmanns Arthur Levysohn und seiner Ehefrau Sophie, geb. Bloch, in Berlin geboren. Ich besuchte das Dorotheenstädtische Realgymnasium zu Berlin und bestand dortselbst das Abiturienten-Examen. Im Sommer-Semester 1920 begann ich Jura zu studieren. Die ersten drei Semester studierte ich in Berlin, das vierte Semester in München und noch weitere drei Semester wieder in Berlin. Die Doktorprüfung legte ich am 12. Juli 1928 an der Hohen Breslauer Fakultät ab.

Es sei mir gestattet, auch an dieser Stelle Herrn Professor Dr. Rosenstock-Hüssy für seine wertvolle Förderung meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.

Inhaltsangabe.